



Roj: **STS 3917/2021 - ECLI:ES:TS:2021:3917**

Id Cendoj: **28079140012021100958**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **26/10/2021**

Nº de Recurso: **51/2019**

Nº de Resolución: **1048/2021**

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

Ponente: **MARIA LUZ GARCIA PAREDES**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

UNIFICACIÓN DOCTRINA núm.: 51/2019

Ponente: Excm. Sra. D.^a María Luz García Paredes

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Alfonso Lozano De Benito

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social

Sentencia núm. 1048/2021

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D. Antonio V. Sempere Navarro

D.^a. María Luz García Paredes

D.^a. Concepción Rosario Ureste García

D. Ricardo Bodas Martín

D. Ignacio Garcia-Perrote Escartín

En Madrid, a 26 de octubre de 2021.

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 nº 687/2018 dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León (sede en Burgos), de 30 de octubre de 2018, en el recurso de suplicación nº 708/2018, interpuesto frente a la sentencia nº 248/2018 de 14 de junio de 2018 y el auto de aclaración de 2 de julio de 2018, dictados por el Juzgado de lo Social nº 1 de Burgos, en los autos nº 210/2018, seguidos a instancia de D. Modesto contra dicho recurrente y la empresa Saiz y Asociados Arquitectura y Urbanismo, S.L., sobre despido.

Ha comparecido en concepto de recurrido D. Modesto, representado y defendido por la Letrada Sra. Fernández González.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.^a María Luz García Paredes.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 14 de junio de 2018, el Juzgado de lo Social núm. 1 de Burgos, dictó sentencia cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: "Que estimando la demanda presentada por DON Modesto contra SAIZ Y ASOCIADOS ARQUITECTURA Y URBANISMO S.L., debo declarar y declaro improcedente el despido del demandante operado con fecha de efectos 16 de febrero de 2018 y extinguido el contrato de trabajo que ligaba a las partes desde esa fecha, condenando a la empresa demandada a abonar a la parte actora en concepto de indemnización la cantidad de MIL CUATROCIENTOS SETENTA Y NUEVE EUROS CON VEINTIDÓS CÉNTIMOS



(1.479,22€), con los salarios de tramitación, desde la fecha del despido hasta la de la presente resolución, a razón de 53,79 euros diarios (6.347,22€). Todo ello con intervención del Fondo de Garantía Salarial".

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.- DON Modesto ha venido prestando servicios para la empresa SAIZ Y ASOCIADOS ARQUITECTURA Y URBANISMO S.L., con una antigüedad de 24 de abril de 2017, ostentando la categoría profesional de peón y salario diario bruto con inclusión de prorrata de pagas extraordinarias de 53,79€, mediante contrato de trabajo temporal por obra o servicio determinado a tiempo completo.

2º.- Con fecha 12 de febrero de 2018 el trabajador fue dado de baja en la Seguridad Social, no obstante permaneció prestando sus servicios hasta el 16 de febrero de 2018.

3º.- La empresa se encuentra cerrada y sin actividad.

4º.- La parte actora solicita se declare la nulidad o improcedencia del despido operado y la readmisión del trabajador en su puesto de trabajo con abono de los salarios de tramitación dejados de percibir o indemnización, con los efectos legales de dicha declaración.

5º.- Intentado acto de conciliación ante la U.M.A.C., se celebró con el resultado de sin efecto.

6º.- La parte actora no ostenta ni ha ostentado el cargo de representante de los trabajadores".

Por la representación de D. Modesto solicitó la aclaración de dicha resolución que fue resuelta por auto de 2 de julio de 2018, cuya parte dispositiva dice lo siguiente: "Estimar la solicitud de D. Modesto de aclarar la sentencia dictada en este procedimiento con fecha 14 de junio de 2018 en el sentido de que los particulares del Fallo de la misma, expresados en el Antecedente de Hecho Segundo de la presente resolución, han de quedar del siguiente tenor: "...DEBO DECLARAR Y DECLARO IMPROCEDENTE el despido del demandante operado con fecha de efectos 16 de febrero de 2018 y extinguido el contrato de trabajo que ligaba a las partes desde la fecha de esta sentencia, condenando a la empresa demandada a abonar a la parte actora en concepto de indemnización la cantidad de DOS MIL SETENTA EUROS CON NOVENTA Y UN CÉNTIMOS (2.070,91 €) con los salarios de tramitación...".

SEGUNDO.- Interpuesto recurso de suplicación contra la anterior resolución, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León (sede en Burgos), dictó sentencia con fecha 30 de octubre de 2018, en la que consta la siguiente parte dispositiva: "Que debemos desestimar y desestimamos el recurso de Suplicación interpuesto por FONDO DE GARANTÍA SALARIAL (FOGASA), frente a la sentencia de fecha 14 de junio de 2018 dictada por el Juzgado de lo Social núm. 1 de Burgos en autos número 210/2018 seguidos a instancia de D. Modesto, contra el recurrente y SAIZ Y ASOCIADOS ARQUITECTURA Y URBANISMO S.L., en reclamación sobre Despido y, en su consecuencia, debemos confirmar y confirmamos la Sentencia recurrida. Sin costas".

TERCERO.- Contra la sentencia dictada en suplicación, el Abogado del Estado, en representación del Fondo de Garantía Salarial, mediante escrito de 19 de diciembre de 2018, 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 Andalucía (sede en Sevilla), de 1 de febrero de 2017 (rec. 570/2016). SEGUNDO.- Se alega la infracción del art. 110.1.a) LJS, en relación con el art. 23.2 y 3 de la misma Ley y con el art. 33 ET.

CUARTO.- Por providencia de esta Sala de 13 de junio actual 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 votación y fallo el día 19 de octubre actual. En dicho acto, el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Antonio Sempere Navarro señaló que no compartía la decisión mayoritaria de la Sala y que formularía voto particular, por lo que se encomendó la redacción de la ponencia a la Excmo. Sra. Magistrada D^a. María Luz García Paredes.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. -Planteamiento del recurso.

1.- Objeto del recurso.



La cuestión suscitada en el recurso de casación para la unificación de doctrina se centra en determinar si la opción por la indemnización que realiza el Fondo de Garantía Salarial (FOGASA), en el acto de juicio por despido, al que no ha comparecido la empresa que se encuentra cerrada y en paradero desconocido, debe ser atendida aunque el trabajador haya solicitado del juez que declara el despido improcedente que extinga la relación laboral a la fecha de la sentencia, con los salarios de tramitación, por no ser posible la readmisión.

La parte demandada, FOGASA, ha formulado dicho recurso contra la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia (TSJ) de Castilla-León, sede en Burgos, de 30 de octubre de 2018, en el recurso de suplicación núm. 708/201, que desestimó el interpuesto por la referida parte frente a la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social núm. 1 de Burgos, de 14 de junio de 2018, en los autos 210/2018, aclarada por auto de 2 de julio de 2018, que estimaba la demanda, declarando la improcedencia del despido operado con fecha de efectos 16 de febrero de 2018 y extinguido el contrato de trabajo que ligaba a las partes desde la fecha de esa sentencia, condenando a la empresa demandada a abonar a la parte actora en concepto de indemnización la cantidad de 2.070,91€ con los salarios de tramitación desde la fecha del despido hasta la citada resolución, a razón de 53,79 euros diarios (6.347,22€).

En dicho recurso de unificación de doctrina se formula un solo punto de contradicción para el que se identifica como sentencia de contraste seleccionada la dictada por la Sala de lo Social del TSJ de Andalucía, sede en Sevilla, de 1 de febrero de 2017, rec. 570/2016.

2.- Impugnación del recurso.

La parte actora recurrida ha impugnado el recurso alegando la inexistencia de contradicción entre las sentencias comparadas. A su juicio, la sentencia de contraste no aborda la misma cuestión que la tratada en la sentencia recurrida, al no referirse aquélla a la incidencia de la solicitud que realiza el trabajador, al amparo del artículo (art.) 110.1 b) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS), citando a tal efecto sentencia de esta Sala, de 4 de abril de 2019, rec. 1865/2018, que debe ser aplicada a este caso que es lo que ha justificado el fallo de la sentencia recurrida.

3.- Informe del Ministerio Fiscal

El Ministerio Fiscal ha emitido informe en el que considera que el recurso debe ser estimado, partiendo de la existencia de contradicción. Y ello porque ha de estarse a la doctrina de Pleno, de esta Sala, recogida en la sentencia de 5 de marzo de 2019, rcud 620/2018, seguida por la de 10 de abril de 2019, rcud 3917/2017. Añade, que no desconoce la sentencia que se cita en la aquí recurrida, que no apreció la contradicción, ni tampoco la dictada con igual fecha, en el rcud 4064/2017, en la que, si bien mantiene que FOGASA puede anticipar la opción que se otorga al empresario en el art. 110.1 a) de la LRJS, concluye que debe estarse a la solicitud formulada por el trabajador, al amparo del art. 210.1 b) de la LRJS, al ser esta preferente, doctrina ésta que no comparte porque considera que el derecho de opción solo corresponde al empresario y no es sustituible, de forma que si FOGASA ejercita ese derecho, en la condición que ostenta en relación con el titular de la opción, debe mantenerse sin que, en definitiva, opera el apartado b) del art. 210.1 de la LRJS.

SEGUNDO. -Sentencia recurrida y existencia de contradicción.

1.- Sentencia recurrida

La sentencia recurrida refiere que el 12 de febrero de 2018 el actor fue dado de baja en la seguridad social por la empresa Saiz y Asociados Arquitectura y Urbanismo SL, para la que venía prestando servicios como peón desde el 24 de abril de 2017. No obstante, continuó prestando servicios para dicha empresa hasta el 16 de febrero de 2018. La empresa está cerrada y sin actividad. Se presentó demanda por despido, sin que la empresa compareciera al acto de juicio pese a estar debidamente citada. En dicho acto, el demandante instó la extinción de la relación laboral al amparo de lo recogido en el art. 110.1.b LRJS y FOGASA solicitó la aplicación del art. 110.1.a de la LRJS, anticipando la opción por la indemnización.

La sentencia de instancia estimó la demanda y declaró improcedente el despido del actor, así como la extinción del contrato de trabajo con efectos de la fecha de la sentencia, con derecho del actor a la indemnización calculada a tal fecha y con devengo de salarios de tramitación.

El organismo demandado recurrió en suplicación denunciando la infracción de los arts. 110 y 23.3 de la LRJS para argumentar que puede realizar la opción que la norma otorga al empresario. El criterio de la sentencia recurrida es que una interpretación literal del art. 110.1 a) LRJS solo concede la opción al empresario y, en caso de ser imposible la readmisión, la letra b) del mismo artículo concede en exclusiva al actor la posibilidad de solicitar la extinción del contrato. En consecuencia, ha de prevalecer la opción del trabajador frente a la del FOGASA, por lo que la indemnización debe calcularse a la fecha de la sentencia de instancia, con condena también al abono de salarios de tramitación hasta ese mismo momento.



2. Examen de la contradicción.

El art. 219.1 de la LRJS, para la viabilidad del recurso de casación para la unificación de doctrina y en atención a su objeto, precisa de la existencia de sentencias contradictorias entre sí, lo que se traduce en que 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".

La sentencia de contraste, dictada por la Sala de lo Social del TSJ de Andalucía, sede en Sevilla, de 1 de febrero de 2017, rec. 570/2016, resuelve un recurso interpuesto por la trabajadora a fin de que se le extendiera su derecho a la indemnización por despido hasta la sentencia que declaraba la extinción del contrato. A los efectos que aquí interesan, el trabajador fue objeto de una extinción del contrato por causas objetivas que impugnó judicialmente. La empresa no compareció al acto de juicio, realizando tanto la parte actora como FOGASA la opción del art. 110 de la LRJS para que se procediera a la extinción del contrato y se calculase la indemnización hasta la fecha del despido (22 de julio de 2014). Se declaró probado que la empresa estaba de baja y sin actividad. El Juzgado de lo Social declaró improcedente el despido, con extinción del contrato, fijando como importe de la indemnización la cantidad calculada hasta la fecha del despido. El demandante interpuso recurso de suplicación para que se calculase la indemnización hasta la fecha de la sentencia (19 de junio de 2015), al haber efectuado dicha parte la opción que le otorga el art. 110.1 a) de la LRJS. La Sala de lo Social dicta sentencia desestimatoria del recurso, confirmando la decisión de instancia al entender que debe prevalecer la opción de FOGASA sobre la del trabajador.

Entre las sentencias existe la identidad necesaria para apreciar que sus pronunciamientos son contradictorios. En efecto, en ambos casos se cuestiona si la sentencia que declara extinguida la relación laboral por inactividad de la empresa, debe fijar la indemnización hasta la fecha de la sentencia o a la del despido, cuando trabajador y FOGASA han pedido en el acto de juicio que se proceda conforme a lo que dispone el art. 110.1 de la LRJS.

Las razones que esgrime la parte actora recurrida para negar la existencia de contradicción no son atendibles en tanto que en ambos casos se aprecia que el trabajador solicitó la extinción del contrato, ante la imposibilidad de readmisión. Tal y como ya ha apreciado esta Sala en otros recursos en los que se ha planteado similar cuestión con cita de la misma sentencia de contraste (SSTS de 13 de febrero de 2020, rcud 2009/2018, 13 de marzo de 2020, rcud 3425/2018, y 6 de noviembre de 2020, rcud 3069/2018, entre otras, en las que, por cierto, el Ministerio Fiscal informó en sentido favorable a mantener la aplicación del art. 210.1 b) de la LRJS).

TERCERO. - Motivos de infracción de norma

1. Preceptos legales denunciados y fundamentación de la infracción.

La parte recurrente ha denunciado la infracción del art. 110.1.a) de la LRJS en relación con los arts. 23.2 y 3 del mismo texto legal y con el art. 33 del ET.

Según dicha parte, a partir del actual art. 23.2 y 3 de la LRJS, FOGASA dispone del derecho de opción cuando el empresario no comparece al acto de juicio y se evidencia la imposibilidad de readmisión, ello significa que ante esta situación puede anticipar ese derecho y, en caso de elegir la indemnización, no tendría que abonar salarios de tramitación, ya que, de lo contrario, este organismo estaría asumiendo una obligación de pago más allá de la que legalmente le corresponde.

2. Doctrina de la Sala

La cuestión planteada en el recurso ha sido resuelta por esta Sala en las SSTS 4 de abril de 2019 (rcuds 4064/2017 y 1865/2018), reiteradas por las SSTS 13 de febrero de 2020 (rcuds 1806/2018 y 2009/2018), 11 de marzo de 2020 (rcud 2903/2018), 13 de marzo de 2020 (rcud 1806/2018), 17 de marzo de 2020 (rcuds 3425/2018 y 3752/2018), 6 de noviembre de 2020, (rcud 3069/2018) y 21 de julio de 2021 (rcud 3745/2018) que por obvias razones de seguridad jurídica e igualdad en la aplicación de la ley debemos mantener al no existir elementos novedosos que pudieran permitir una alteración de la reiterada y constante doctrina que esta Sala ha venido manteniendo.

Esta Sala se ha pronunciado sobre distintos aspectos que han generado algunos de los apartados del precepto procesal que es objeto del presente recurso. En efecto, en relación con el art. 110.1 b) de la LRJS esta Sala entendió que el alcance de ese apartado, en el que se otorgaba al trabajador una facultad para interesar que la sentencia que declare el despido improcedente acuerde tener por extinguida la relación laboral, cuando no sea realizable la readmisión, conllevaba el reconocimiento de salarios de tramitación, sin que la reforma operada por el RD-ley 3/2012, de 10 de febrero, y Ley 3/2012, que había eliminado los salarios de tramitación cuando



la opción del despido improcedente se hiciera por la indemnización, hubiera alterado el régimen que existía hasta entonces.

Otro debate que llegó a esta Sala se centraba en el apartado a) del art. 110.1 de dicha ley procesal, en relación con el anticipo del ejercicio del derecho de opción que el FOGASA activaba, cuando era llamado al proceso a tenor del art. 23.2 de la LRJS y ante la incomparecencia del empresario al acto de juicio, llegando esta Sala a reconocer la posibilidad de que dicho organismo haga uso de derecho. Así, nos encontramos con la STS de 5 de marzo de 2019, rcud 620/2018, dictada por el Pleno de la Sala, en la que se cuestionaba si FOGASA estaba obligada a las consecuencias económicas de la improcedencia del despido, tomando como momento final la fecha de la sentencia que así lo declarase, con extinción del contrato de trabajo, cuando por aquél se había anticipado el derecho de opción por la indemnización. En ese caso, como dice dicha sentencia, el debate se centraba en el alcance del art. 110.1 a), en relación con el art. 23.2 y 3, todos ellos de la LRJS, y art. 33 del ET concluyendo que ese derecho surge cuando concurren las siguientes circunstancias: 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.

Posteriormente, se presentó lo que se calificó por esta Sala como una derivada del supuesto anterior cual era la de determinar que opción es la que debe atenderse cuando los derechos del art. 110.1 a) y b) concurren -precisamente porque la sentencia de Pleno, por omisión, no afrontó esa cuestión-. Y esa situación se abordó en el supuesto resuelto por la STS de 4 de abril de 2019, rcud 4064/2017 en la que, tras apreciar la contradicción, la cuestión de fondo se resolvió aplicando el criterio doctrinal adoptado en la sentencia de Pleno antes referida, relativo al derecho de FOGASA de anticipar el de opción del art. 110.1 a), cuando el titular no comparece al acto de juicio, "sin perjuicio de lo que se pueda resolver sobre la incidencia en el supuesto ahora enjuiciado de la existencia con la opción que en el propio acto del juicio se efectuó por el trabajador no titular directo ex art. 110.2 LRJS (en cuyo supuesto no cabría en modo alguno sustitución por el FOGASA respecto a al ejercicio de un derecho empresarial que no le corresponde) sino con fundamento en la facultad que le otorga el art. 110.1.b) LRJS en el supuesto de que " constare no ser realizable la readmisión ", lo que le llevó a resolver en su fundamento jurídico cuarto.3 esa cuestión " sobre la eficacia de tal opción realizada por el FOGASA al coincidir con la opción que en el propio acto del juicio se efectuó por el trabajador", ex art. 110 b) de la LRJS. Al respeto se dijo : " En este caso de incomparecencia de la empresa las facultades del FOGASA no cabe interpretar que se extiendan a hacer prevalecer la acción por sustitución referida a la efectuada por el trabajador ex art. 110.1.b) LRJS , al ser esta última opción preferente y prioritaria por ser personal frente a la del FOGASA que es sustitutiva de la de la ordinaria titularidad empresarial, dado que la opción ex art. 110.1.b) LRJS atribuida al trabajador - al tratarse de una previsión especial ligada a la concurrencia de unas determinadas circunstancias -, cabe considerarla preferente respecto de la genérica opción establecida en el art. 110.1.a) LRJS atribuida al que resultare ser titular directo de la opción".

En línea con la anterior, la STS de 4 de abril de 2019, rcud 1865/2018, aunque refiere una falta de contradicción entre las sentencias comparadas, partiendo de la doctrina que se estableció en el Pleno (rec. 620/2018), entorno a los requisitos para que FOGASA pudiera ostentar el derecho de opción del art. 110.1 a) de la LRJS, también entendió que, en todo caso, ese derecho de opción de FOGASA no existía cuando "el trabajador ejerció 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". Y concluye diciendo que la buena doctrina se encontraba en la sentencia recurrida, que había dado preferencia a la solicitud del trabajador, con amparo en el art. 110.1 b) LRJS.

La doctrina de estas dos últimas sentencias fue seguida por otras posteriores resoluciones de esta Sala, como las SSTS 13 de febrero de 2020 (rcuds 1806/2018 y 2009/2018), 11 de marzo de 2020 (rcud 2903/2018), 13 de marzo de 2020 (rcud 1806/2018), 17 de marzo de 2020 (rcuds 3425/2018 y 3752/2018), 6 de noviembre de 2020, (rcud 3069/2018) y 21 de julio de 2021 (rcud 3745/2018) también sobre supuestos en los que por parte del trabajador y FOGASA, se habían interesado en el acto del juicio los derechos del art. 110.1 b) y a) de la LRJS, respectivamente.

3. Doctrina aplicable al caso



En este momento y a la vista de lo suscitado por las partes y por el propio Ministerio Fiscal, en cuyo informe se aparta de los criterios expuestos en otros precedentes, y lo suscitado en el debate de este asunto, es necesario hacer una serie de precisiones sobre la doctrina que hemos recogido anteriormente para decir que la reflejada en la sentencia de 5 de marzo de 2019, rcud 620/2018 no resuelve lo que ahora se suscita.

En efecto, en aquella sentencia, a lo largo de su fundamentación, la única referencia que hizo al art. 110.1 b) de la LRJS lo fue para reforzar el derecho de FOGASA, derivado del apartado a) y distinguirlo del derecho que concede el apartado b) destinado al trabajador. En ese sentido, se digo que FOGASA no ocupa el lugar del trabajador sino de la empresa, sin mayor disquisición ni razonamiento en orden al ámbito de influencia del art. 110.1 b) sobre su apartado a).

No ignoramos en este momento que en aquel caso la sentencia de suplicación allí recurrida recogía los argumentos que la parte recurrente desplegaba ante esa sala, y que entre ellos decía que la sentencia de instancia había tomado en cuenta la opción realizada por el demandante. De este párrafo del escrito de interposición del recurso de suplicación y que nuestra sentencia no recoge, no puede obtenerse que la doctrina de ese Pleno, a la vista de la estimación del recurso de casación para la unificación de doctrina de FOGASA, estaba yendo más allá de lo que en ella se había decidido. Esto es, no concluyó diciendo que el trabajador quedaba privado de la facultad que le otorgaba el art. 110.1 b) de la LRJS cuando FOGASA reclamaba el anticipo de la opción, con amparo en el art. 110.1 a) de dicha Ley.

Y entendemos que esa doctrina de Pleno no resolvió sobre la incidencia de la concurrencia del anticipo del derecho de opción por el empresario o FOGASA y la facultad del trabajador de solicitar que la sentencia declare extinguida la relación laboral, con los efectos económicos que a esa situación se anudan porque, seguidamente a su dictado, sí que esta Sala afrontó ese debate, dando una concreta y razonada respuesta al mismo, sin que su doctrina pueda entenderse como alteración de la del Pleno; al contrario lo que hicieron las posteriores sentencias fue respetarla y con las posteriores generar un cuerpo de doctrina que se reflejó con carácter general en las diferentes sentencias, ya fueran estimatorias del recurso de FOGASA -por no concurrir solicitud del trabajador- o desestimatorias de su recurso -por haber solicitado el trabajador la declaración de extinción en sentencia-.

Se podrá decir, si acaso, que la sentencia de Pleno, ante esa referencia al escrito del recurso de suplicación que indicaba que el trabajador había interesado la extinción a la que se refiere el apartado b) de la LRJS, una vez asentado que el organismo podía anticipar el derecho de opción, no dio una respuesta al debate suscitado en suplicación en relación con lo petitionado por el trabajador, lo que implicaría una consecuencia procesal concreta, pero no que en ella se haya razonado sobre el apartado b), privando de una facultad al trabajador sin un argumento al respecto que, como se advierte, ni siquiera podría entenderse cumplido por la tacita respuesta al ser un debate que exige una concreta y fundamentada respuesta judicial.

Además, en atención a lo argumentado en el recurso y por el Ministerio Fiscal, la doctrina que arranca de las sentencias de 4 de abril de 2020, es clara en orden a cómo han de interpretarse esos apartados del art. 110.1 y no podemos decir que con ella se está trasladando al trabajador un derecho de opción que no le corresponde. El derecho a anticipar la opción del despido improcedente siempre se ha reconocido a favor del empleador o FOGASA, salvo las excepciones que puedan haberse establecido, legal o convencionalmente. El trabajador solo ostenta la facultad de solicitar al órgano judicial, ante un supuesto muy concreto, que tenga por realizada la opción de indemnización, pudiendo éste acordarla o no. Es claro que el legislador ha querido fijar una serie de particularidades en relación con los efectos del despido improcedente y una de ellas ha sido la de poder zanjar en sentencia los supuestos de imposible readmisión, mediante el otorgamiento al trabajador de esa facultad sin someterla o hacerla depender de que el empresario no anticipe un derecho de opción que, por cierto, se desvanecé desde el momento en el que solo es realizable la indemnización que es lo que, en definitiva, ha querido el legislador solventar mediante esa fórmula ante una situación empresarial tan concreta, en el caso que nos ocupa, de desaparición de la empresa, siendo consciente de que en estos casos FOGASA debe ser parte en dichos procesos.

Con ello no se está impidiendo al organismo recurrente que ejercite los derechos que le correspondan, sino dando a la norma el alcance que el legislador ha querido. Tampoco se está imponiendo a FOGASA ninguna obligación superior a la que legalmente tiene impuesta, al tener que hacer frente a los salarios de tramitación, ya que el art. 33 del ET, en su apartado 1 se identifica como salarios a los de tramitación en los supuestos en que legalmente procedan, pero siempre dentro de los límites que allí se recogen.

CUARTO. - Lo anteriormente razonado, oído el Ministerio Fiscal, permite concluir en el sentido de entender que el recurso debe ser desestimado, confirmando la sentencia recurrida y sin imposición de costas a tenor del art. 235.1 de la LRJS.



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 el Fondo de Garantía Salarial, representado y defendido por el Abogado del Estado.
- 2.- Confirmar la sentencia recurrida dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León (sede en Burgos), de 30 de octubre de 2018, en el recurso de suplicación nº 708/2018.
- 3.- Sin imposición de costas

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

Así se acuerda y firma.

VOTO PARTICULAR

QUE FORMULA EL MAGISTRADO ANTONIO V. SEMPERE NAVARRO A LA SENTENCIA DICTADA POR LA SALA CUARTA EN EL RECURSO DE CASACIÓN UNIFICADORA 51/2019.

De conformidad con lo establecido en el artículo 260.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ) y 205 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC), formulo Voto Particular (VP) discrepante a la sentencia dictada en el recurso de casación unificadora número 0051/2019 para exponer la tesis que sostuve en la deliberación, acogiéndome de esta forma a lo dispuesto en los arts. 206.1 LOPJ y 203 LEC. Vaya por delante mi máximo respeto al criterio mayoritario y a los argumentos en que se basa.

Considero, sin embargo, que la doctrina establecida por esta Sala parte de una insuficiente valoración sobre el alcance de lo resuelto por el Pleno en su STS 160/2019 de 5 marzo (Pleno, rcud. 620/2018) acerca de las facultades del FOGASA; que las normas en presencia no abocan al resultado acogido en diversas ocasiones posteriores por esta Sala Cuarta; que la interpretación más acorde con los fines del FOGASA no es la mayoritariamente acordada. En fin, que el recurso de la Abogacía del Estado debiera haber prosperado y aplicarse las consecuencias previstas por el artículo 110.1.a) LRJS, del mismo modo que si la opción en él contemplada la hubiera ejercitado la entidad empleadora.

Asimismo convendrá poner de relieve que formulo ahora este Voto Particular porque es la primera ocasión en que he formado parte de una Sala en que haya debido de resolverse frontalmente la cuestión que nos ocupa.

Por todas esas razones, habiéndome correspondido inicialmente la condición de Ponente, acto seguido reiteraré el proyecto que sometí a la consideración de la Sala, incluyendo, claro está los argumentos que cimentan mi discrepancia con lo por ella acordado.

PRIMERO.- Antecedentes y términos del debate casacional.

La cuestión que ha de resolverse en el presente recurso consiste en dilucidar si el FOGASA tiene facultades para anticipar el derecho de opción que el art. 110.1 a) LRJS otorga al empresario en caso de despido improcedente, cuando consta no ser realizable la readmisión y, al tiempo, la persona despedida activa la previsión del artículo 110.1.b). LRJS.

Se trata de cuestión ya abordada en ocasiones precedentes, por lo que el examen de nuestra propia doctrina debe tomarse muy en consideración.

1. Datos relevantes del caso.

Los datos que enmarcan el problema que afrontamos son poco complejos y destilan de la crónica confeccionada en la instancia, que no fue combatida en suplicación. Destaquemos lo siguiente:

- A) En abril de 2017 se celebra contrato de trabajo entre el actor y la mercantil demandada. Meses después (12 febrero 2018) la empresa lo da de baja, aunque la prestación de servicios sigue unos pocos días más (hasta el 16 de febrero).
- B) Consta que la empresa (un Estudio de Arquitectura y Urbanismo) está cerrada y sin actividad.
- C) Tras la demanda de despido, se celebra el acto de juicio oral. La empresa no comparece. El demandante insta la extinción de la relación laboral al amparo del art. 110.1.b LRJS. El Fogasa solicitó la aplicación del art. 110.1.a de la LRJS, anticipando la opción por la indemnización.

2.Sentencias recaídas en el procedimiento.



A) Mediante su sentencia 248/2018 de 14 de junio el Juzgado de lo Social nº 1 de Burgos estima la demanda. Califica como improcedente el despido y declara la extinción del contrato de trabajo con efectos de la fecha de la sentencia, con indemnización calculada a tal día y devengo de salarios de tramitación.

Como fundamentación exclusiva de esa decisión, que se aparta de lo previamente resuelto por el mismo Juzgado en otro caso, invoca el criterio de la STSJ Castilla y León de 7 marzo 2018.

B) Disconforme con el referido fallo, el Fogasa recurrió en suplicación denunciando la infracción de los arts. 110 y 23.3 de la LRJS para argumentar que dicho organismo puede realizar la opción que la norma otorga al empresario.

Mediante sentencia 687/2018, de 30 octubre, la Sala de lo Social del TSJ de Castilla y León (Burgos) desestima el recurso de suplicación (rec. 708/2018) y confirma la de instancia.

Expone que una interpretación literal del art. 110.1.a) LRJS solo concede la opción al empresario (no al Fondo). Y en caso de ser imposible la readmisión, la letra b) del mismo artículo concede en exclusiva al actor la posibilidad de solicitar la extinción del contrato. En consecuencia, ha de prevalecer la opción del trabajador frente a la del Fogasa, por lo que la indemnización debe calcularse a la fecha de la sentencia de instancia, con condena también al abono de salarios de tramitación hasta ese mismo momento.

El artículo 110.1.b) LRJS aparece como una norma especial, según parece desprenderse de la STS 21 julio 2016 conforme a la cual el abono de indemnización salarios de tramitación requiere el cumplimiento de dos 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.

También argumenta, de forma analógica, a partir de las previsiones procesales en materia de ejecución de sentencias de despido cuando desaparece una de las dos posibilidades alternativas que comprende la condena.

3.Recurso de casación unificadora.

Con fecha 19 de diciembre de 2018 el Abogado del Estado, en nombre y representación del FOGASA, formaliza su recurso de casación unificadora. Centra el debate en si dicho organismo puede ejercer la facultad legalmente asignada al empleador en caso de despido improcedente.

Denuncia la infracción del art. 110.1.a) de la LRJS en relación con los arts. 23.2 y 3 del mismo texto legal y con el art. 33 del ET.

4. Impugnación del recurso.

Con fecha 19 de julio de 2019 la Abogada y representante del trabajador formaliza su impugnación al recurso.

Considera que los casos opuestos no son comparables y que debe aplicarse, en todo caso, la solución de la STS 294/2019 de 4 abril (rcud. 1865/2018). La norma prevalente es el artículo 110.1.b) LRJS y no el apartado anterior.

5.Informe del Ministerio Fiscal.

Con fecha 12 de septiembre de 2019 el representante del Ministerio Fiscal ante esta Sala Cuarta emite el Informe contemplado en el artículo 226.3 LRJS.

Considera que la doctrina sentada en SSTS de 5 marzo 2019 (rcud. 620/2018) y 10 abril 2019 (rcud. 3917/2017) avala la tesis del recurso.

Expone asimismo los argumentos que, a su juicio, abocan a rechazar la doctrina de las SSTS 4 abril 2019 (rcud. 1865/2018 y 4064/2017) sobre el carácter preferente y prioritario de la opción correspondiente al trabajador.

SEGUNDO.- Análisis de la contradicción.

Puesto que constituye una exigencia legal expresa, controlable incluso de oficio a fin de evitar que se desnaturalice este excepcional recurso, debemos examinar la contradicción entre las resoluciones contrastadas.

1. El presupuesto del artículo 219.1 LRJS .

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 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".

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.

2. Sentencia referencial.

El recurrente ha seleccionado como sentencia de contraste la 272/2017 de 1 febrero dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Sevilla), resolviendo el recurso de suplicación 570/2016.

En este caso la actora fue despedida por causas objetivas el 22 de julio de 2014. La empresa estaba cerrada y sin actividad. Frente a la sentencia que declaró improcedente su 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, ejercitada 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.

3. Existencia de contradicción.

No cabe duda de que las sentencias comparadas cumplen los requisitos exigidos por el artículo 219.1 LRJS. En efecto, ante el hecho de ser las empresas insolventes y no resultar posible la readmisión (en ambas sentencias tal circunstancia se deduce del hecho de constar las empresas dadas de baja y sin actividad), las sentencias sometidas a comparación interpretan de forma contraria los arts. 110.1.a) y 23.3 LRJS. En un caso, la recurrida, considera que el FOGASA no puede optar por la indemnización en el acto del juicio; en el otro supuesto, por el contrario, se admite esa facultad del citado organismo.

Ha de tenerse en cuenta que en los dos supuestos consta que tanto los actores como el Fogasa optaron en el acto de juicio por la extinción de la relación laboral, llegando las sentencias comparadas a conclusiones distintas en cuanto a los efectos de dicha opción.

TERCERO.- Examen de las principales normas aplicables.

El FOGASA invoca, como motivo del recurso, la infracción del 110.1.a) LRJS, en relación con el art 23.2 y 3 LRJS y el art. 33 ET. Para una más ágil exposición, interesa ahora examinar con atención tales normas, además de recordar el precepto pertinente de la legislación sustantiva.

1. Estatuto de los Trabajadores.

El extenso artículo 33 ET traza el régimen jurídico del Fondo de Garantía Salarial, siendo relevante ahora el examen de su apartado primero:

1. El Fondo de Garantía Salarial, organismo autónomo adscrito al Ministerio de Empleo y Seguridad Social, con personalidad jurídica y capacidad de obrar para el cumplimiento de sus fines, abonará a los trabajadores el importe de los salarios pendientes de pago a causa de insolvencia o concurso del empresario.

A los anteriores efectos, se considerará salario la cantidad reconocida como tal en acto de conciliación o en resolución judicial por todos los conceptos a que se refiere el artículo 26.1, así como los salarios de tramitación en los supuestos en que legalmente procedan, sin que pueda el Fondo abonar, por uno u otro concepto, conjunta o separadamente, un importe superior a la cantidad resultante de multiplicar el doble del salario mínimo interprofesional diario, incluyendo la parte proporcional de las pagas extraordinarias, por el número de días de salario pendiente de pago, con un máximo de ciento veinte días.

El artículo 56 ET aborda las consecuencias del despido improcedente, siendo ahora relevante recordar el tenor de sus primeros apartados:

1. Cuando el despido sea declarado improcedente, el empresario, en el plazo de cinco días desde la notificación de la sentencia, podrá optar entre la readmisión del trabajador o el abono de una indemnización equivalente a treinta y tres días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los periodos de tiempo inferiores



a un año, hasta un máximo de veinticuatro mensualidades. 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.

2. En caso de que se opte por la readmisión, el trabajador tendrá derecho a los salarios de tramitación. Estos equivaldrán a una cantidad igual a la suma de los salarios dejados de percibir desde la fecha de despido hasta la notificación de la sentencia que declarase la improcedencia o hasta que hubiera encontrado otro empleo, si tal colocación fuera anterior a dicha sentencia y se probase por el empresario lo percibido, para su descuento de los salarios de tramitación.

3. En el supuesto de no optar el empresario por la readmisión o la indemnización, se entiende que procede la primera.

4. Si el despido fuera un representante legal de los trabajadores o un delegado sindical, la opción corresponderá siempre a este. De no efectuar la opción, se entenderá que lo hace por la readmisión. Cuando la opción, expresa o presunta, sea en favor de la readmisión, esta será obligada. Tanto si opta por la indemnización como si lo hace por la readmisión, tendrá derecho a los salarios de tramitación a los que se refiere el apartado 2.

2. Ley Reguladora de la Jurisdicción Social.

El artículo 23 LRJS disciplina la "Intervención del Fondo de Garantía Salarial" y, por cuanto ahora interesa, dispone lo siguiente:

1. El Fondo de Garantía Salarial, cuando resulte necesario en defensa de los intereses públicos que gestiona y para ejercitar las acciones o recursos oportunos, podrá comparecer como parte en cualquier fase o momento de su tramitación, en aquellos procesos de los que se pudieran derivar prestaciones de garantía salarial, sin que tal intervención haga retroceder ni detener el curso de las actuaciones.

2. En supuestos de empresas incursas en procedimientos concursales, así como de las ya declaradas insolventes o desaparecidas, y en las demandas de las que pudiera derivar la responsabilidad prevista en el apartado 8 del artículo 33 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, el secretario judicial citará como parte al Fondo de Garantía Salarial, dándole traslado de la demanda a fin de que éste pueda asumir sus obligaciones legales e instar lo que convenga en Derecho.

Igualmente deberán ser notificadas al Fondo de Garantía las resoluciones de admisión a trámite, señalamiento de la vista o incidente y demás resoluciones, incluida la que ponga fin al trámite correspondiente, cuando pudieran derivarse responsabilidades para el mismo.

3. 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.

El artículo 110 LRJS aborda los "Efectos del despido improcedente" y es un precepto crucial para la resolución del caso. Por lo tanto, conviene examinar con atención el contenido de sus primeros apartados, en especial el número 1:

1. 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:

a) 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.

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.

c) En los despidos improcedentes de trabajadores cuya relación laboral sea de carácter especial, la cuantía de la indemnización será la establecida, en su caso, por la norma que regule dicha relación especial.



2. En caso de que se declarase improcedente el despido de un representante legal o sindical de los trabajadores, la opción prevista en el número anterior corresponderá al trabajador.

CUARTO.- Doctrina de la Sala.

Son varios los temas relacionados con la cuestión debatida sobre los que esta Sala ha debido pronunciarse. Pueden resumirse del siguiente modo.

1. Salarios de trámite en el supuesto del artículo 110.1.b) LRJS .

Las SSTs 676/2016 de 19 julio (rcud. 338/2015) y 706/2016 de 21 julio (rcud. 879/2015) declaran que procede la condena a los salarios de tramitación cuando la sentencia que declara la improcedencia del despido y el derecho a la indemnización correspondiente, acuerda asimismo la extinción de la relación laboral por el cese de la actividad empresarial, siempre que se cumplan los tres requisitos siguientes: a) Que exista un despido considerado como improcedente. b) Que la extinción de la relación laboral sea solicitada expresamente por el trabajador demandante. c) 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.

Si bien el art. 110.1.b) LRJS no prevé expresamente dicha solución, la misma se deduce de la interpretación conjunta de dicho precepto con el art. 56.3 ET y los arts. 278 a 286 LRJS y especialmente de lo dispuesto en el número 1 de este último precepto, siendo además una práctica forense que ya admitió en su día la Sala IV bajo la vigencia de la LPL y que responde a razones de economía procesal y a la idea de no perjudicar innecesariamente al trabajador injustamente despedido. En resumen, "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 (art. 286 LRJS)".

2. Facultad del FOGASA para activar la opción del artículo 110.1.a) LRJS .

La STS 160/2019 de 5 marzo (Pleno, rcud. 620/2018) estima el recurso del Fogasa al entender que puede asumir en el procedimiento el lugar de la empresa que no concurre a tal acto, imposibilitando así su propia defensa, al menos en los concretos aspectos que estén previstos de forma igualmente legal, como sucede con la precisión del art 110.1.a) LRJS.

Para que esa opción del Fogasa se active es necesario "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".

Interesa resaltar que en esa ocasión el Pleno de la Sala sale expresamente al paso del argumento (acogido por la sentencia recurrida) que impediría al Fondo activar la opción empresarial en materia de despido improcedente con las mismas consecuencias que si la realizara la empresa: "hay que rechazar el argumento de aquella de que no es posible extender tal derecho (el de opción del art 56 ET) al FOGASA "que carece de la condición de empresario", pues una cosa es que el trabajador solicite la indemnización en juicio conforme al apartado b) del mencionado art 110.1 LRJS y otra la facultad empresarial al respecto, porque el FOGASA no ocupa el lugar de aquél sino de la empresa (apartado a) de ese precepto)".

En su tramo final la sentencia del Pleno se fija también en el carácter público del Fondo y en la necesidad de que actúe con arreglo a los principios constitucionales que deben presidir la intervención de la Administración:

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.



3. Inaplicación de la doctrina anterior cuando el trabajador activa la facultad del artículo 110.1.b LRJS .

Las SSTs 293, 294 y 297/2019 de 4 abril (rcud. 4414/2017, 1865/2018 y 1988/2018) entendieron que la facultad del FOGASA (reconocida en la STS 160/2019 de 5 marzo) no opera cuando la persona despedida activa el derecho que le corresponde según el artículo 110. b) LRJS.

En ellas se considera que la opción del trabajador contemplada en el artículo 110.1.b) LRJS es prioritaria y preferente, de modo que el Fogasa no puede invocar la contemplada en el apartado a) de dicho precepto. Tal criterio lleva, en los casos expuestos, a desestimar los recursos del FOGASA por entender que no concurre contradicción con sentencias en las que no consta que la persona despedida instase su derecho:

"En la sentencia recurrida la opción del FOGASA sustituyendo a la empresa como titular ordinaria del derecho de opción concurre con la efectuada en el propio acto del juicio por el trabajador no titular directo ex art. 110.2 LRJS de la misma (en cuyo supuesto no cabría en modo alguno sustitución por el FOGASA respecto a al ejercicio de un derecho empresarial que no le corresponde) pero formulando la opción por la indemnización con fundamento en la facultad que le otorga el art. 110.1.b) LRJS en el supuesto de que " *constare no ser realizable la readmisión*", opción de la parte demandante a la que otorga preferencia frente a la efectuada por el FOGASA en sustitución de la empresa; mientras que en la sentencia de contraste la opción del FOGASA en sustitución de la empresa titular del derecho de opción no concurre con petición alguna del trabajador (que no era ni había sido representante de los trabajadores durante el año anterior al despido ni hace uso del derecho que le otorga el citado art. 110.1.b LRJS) en favor de la extinción indemnizada de la relación laboral".

La STS 239/2020 de 11 marzo (rcud. 3611/2018) subraya que "es fundamental resaltar que en ninguno de los supuestos comparados consta que la parte actora optara por la extinción de la relación en el acto de juicio".

En otras varias ocasiones se ha insistido en la ausencia de contradicción si en un caso se ejerce la facultad del apartado 110.1.b) y en el otro no sucede así. Es el caso de las SSTs 959/2020 de 3 noviembre (rcud. 4001/2018) y 462/2021 de 29 abril (rcud. 2238/2018), por ejemplo. La última de las mencionadas, añade lo siguiente:

"Es cierto que el Ministerio Fiscal, en su informe considera que la contradicción existe, en el entendimiento de que en ningún caso debe primar la opción del trabajador pero esa afirmación no es la que se desprende de las sentencias de esta Sala que, en orden a la concurrencia de los derechos que otorgan los apartados a) y b) del art. 110.1 de la LRJS, en este momento ya han entendido que debe estarse a la opción especial que contempla el segundo de los apartados (SSTs de 6 de noviembre de 2020, rcud 3069/2018, 17 de marzo de 2020, rcuds 3425/2018 y 3752/2018, 11 de marzo de 2020, rcud 2903/2018, entre otras)".

4. Aplicación de la doctrina del Pleno.

La STS 303/2019 de 10 abril (rcud. 3017/2017) asume nuevamente la doctrina sentada en la STS 160/2019 de 5 marzo, de Pleno, y afirma que el Fondo de Garantía Salarial puede llevar a cabo al amparo de lo previsto en el art. 23 LRJS 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:

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.

Las SSTs 991/2020 de 11 noviembre (rcud. 4023/2018), 122/2021 de 1 febrero (rcud. 1102/2019), 123/2021 de 1 febrero (rcud. 1648/2019), 155/2021 de 3 febrero (rcud. 1246/2019), 164/2021 de 9 febrero (rcud. 406/2019), 191/2021 de 10 febrero (rcud. 4568/2018) y 860/2021 de 7 septiembre (rcud. 5088/2018), entre otras, aplican también el criterio conforme al cual no hay salario de tramitación cuando el FOGASA ejercita la opción en nombre de la empresa, recalcando que no lo hace la persona despedida ("Ni en la demanda, ni en el acto del juicio se produce petición al respecto por parte del trabajador", advierte a segunda de ellas).

5. Carácter preferente y prioritario de la facultad contemplada en el artículo 110.1.b) LRJS .

La STS 239/2020 de 11 marzo (rcud. 3611/2018) armoniza las doctrinas expuestas: el FOGASA tiene la posibilidad de activar la facultad del artículo 110.1.a) LRJS, pero si el trabajador despedido es quien invoca la facultad del apartado b) la solución es opuesta:

De esta forma, habiendo comparecido el Fondo y ejercitado legítimamente la pretensión de anticipar la opción por la indemnización al amparo de lo previsto en el art 110.1 a) LRJS, sin que por el contrario hubiere sido



verificada por el trabajador (cuya opción recordemos es preferente y prioritaria por ser personal frente a la del FOGASA que es sustitutiva de la titular inicial -la empresa-), los salarios habrán 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".

La doctrina se consolida en diversas resoluciones posteriores. A título de ejemplo, la STS 261/2020 de 17 marzo (rucd. 3752/2018) así lo constata:

La doctrina de la Sala ha precisado que, en caso de ejercerse ambas opciones, el derecho de opción que el artículo 110.1 b) LRJS otorga al trabajador demandante prevalece sobre el derecho de opción del Fogasa ex artículo 110.1 a) LRJS.

En efecto, la del trabajador ex artículo 110.1.b) LRJS "es opción preferente y prioritaria por ser personal frente a la del Fogasa (ex artículo 110.1 a) LRJS) que es sustitutiva de la de la ordinaria titularidad empresarial" (las ya citadas SSTs 4 de abril de 2019 y 13 de febrero de 2020).

Igualmente, la STS 813/2021 de 21 julio (rucd. 3745/2018) compendia la doctrina de la Sala explicando que cuando la empresa no comparece al acto de juicio y Fogasa realiza la opción empresarial por la indemnización, "la eficacia de tal opción realizada por el FOGASA al coincidir con la opción que en el propio acto del juicio se efectuó por el trabajador no titular directo ex art. 110.2 LRJS (en cuyo supuesto no cabría en modo alguno sustitución por el FOGASA respecto al ejercicio de un derecho empresarial que no le corresponde) sino con fundamento en la facultad que le otorga el art. 110.1.b) LRJS en el supuesto de que " constare no ser realizable la readmisión"; y al respecto señalamos que: "En este caso de incomparecencia de la empresa las facultades del FOGASA no cabe interpretar que se extiendan a hacer prevalecer la acción por sustitución referida a la efectuada por el trabajador ex art. 110.1.b)LRJS , al ser esta última opción preferente y prioritaria por ser personal frente a la del FOGASA que es sustitutiva de la de la ordinaria titularidad empresarial, dado que la opción ex art. 110.1.b) LRJS atribuida al trabajador- al tratarse de una previsión especial ligada a la concurrencia de unas determinadas circunstancias -, cabe considerarla preferente respecto de la genérica opción establecida en el art. 110.1.a) LRJS atribuida al que resultare ser titular directo de la opción.

6. Recapitulación.

De cuanto acabamos de exponer en los apartados precedentes es posible deducir algunas conclusiones, muy relevantes para justificar la solución que propugna este VP:

1ª) Una interpretación sistemática de la LRJS aboca a condenar al abono de salarios de tramitación cuando existe un despido improcedente, se constata la imposibilidad de la readmisión y la persona despedida solicita expresamente que se active la posibilidad contemplada en el artículo 110.1.b) LRJS.

2ª) La interpretación del art. 23.3 LRJS en relación con el art. 33.1 ET lleva a permitir que el FOGASA active la opción (indemnizatoria) contemplada en el artículo 110.1.a) LRJS, con la consiguiente ausencia de salarios de tramitación.

3ª) Desde la perspectiva de la identidad exigida por el artículo 219.1 LRJS, son distintos los casos en que solo concurre la opción del Fondo (al amparo del artículo 110.1.a LRJS) de aquellos otros en que la persona despedida también activa la posibilidad prevista en el artículo 110.1.b LRJS.

4ª) El derecho que el art. 110.1 b) LRJS otorga al trabajador demandante prevalece sobre el derecho de opción del Fondo que se activa en sustitución del empleador.

5ª) Esta última construcción requiere que la extinción de la relación laboral sea solicitada expresamente por la persona despedida y 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.

QUINTO.- Posición discrepante.

Como queda expuesto, este VP discrepa de la solución acogida en el debate, en sintonía con las sentencias mencionadas en el apartado 5 del Fundamento precedente. Seguidamente, por tanto, corresponde exponer las razones de tal discrepancia.

1. Respeto a la doctrina del Pleno.

Como queda expuesto (Fundamento Cuarto, apartado 1) nuestra STS 160/2019 de 5 marzo (Pleno, rucd. 620/2018) sentó una importante doctrina sobre las facultades del Fogasa. En concreto, acerca de sus facultades en litigios de despido que desembocaban en un juicio con la incomparecencia empresarial y la imposibilidad de que hubiera readmisión.



La sentencia en cuestión no solo avala la subrogación del Fondo en la posición del empleador que ha despedido, sino que pone de relieve la necesidad de que el mismo administre los recursos públicos con eficiencia e imparcialidad.

La sentencia del Pleno está resolviendo un supuesto en el que consta "la opción realizada por el demandante de extinguir los contratos a la fecha de la sentencia con el devengo de los salarios de tramitación hasta dicha fecha" (Fundamento Primero de la STSJ Galicia 14 noviembre 2017, rec. 3801/2017, que se recurría).

Dicho abiertamente: lo que nuestra sentencia del Pleno hizo, con mayor o menor acierto, fue resolver un caso similar al presente, es decir, concurriendo el del FOGASA de activar la previsión del art. 110.1.a) LRJS y la voluntad del despedido de hacer lo propio al amparo del artículo 110.1b) LRJS. Y esa doctrina del Pleno, como tal, no ha sido rectificadora sino que se ha considerado interpretada y aplicada por las que, posteriormente, han acuñado el carácter preferente y prioritario de la facultad contemplada en el artículo 110.1.b) LRJS.

A criterio de este VP, esa conciliación entre la sentencia del Pleno y las posteriores no era posible. Las resoluciones que afirman concordar con la doctrina del Pleno y niegan al FOGASA su plena subrogación en la posición del empleador, en mi opinión, están desconociendo el verdadero alcance de la doctrina acuñada en el Pleno, además de reconduciendo su virtualidad a supuestos marginales.

2. Parámetros interpretativos de legalidad sustantiva.

En ocasiones, las sentencias que acogen la doctrina de la que discrepo vienen invocando que la misma concuerda con la mantenida por esta Sala Cuarta con anterioridad a la promulgación de la LRJS, dando a entender que ello aporta seguridad jurídica.

Sin embargo, en mi opinión, no es acertado entroncar con esa doctrina previa, sentada en aplicación de una regulación anterior a las importantes reformas sustantivas y procesales que (especialmente a partir del Real Decreto-Ley y de la Ley 3/2012) circunscribieron el alcance de los salarios de tramitación a los supuestos en que no hay readmisión. Estas normas actuaron movidas por la constatación de que "el tiempo de duración del proceso judicial no parece un criterio adecuado para compensar el perjuicio que supone la pérdida del empleo", así como que "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"

La atenta lectura del artículo 56 ET (Fundamento Tercero, apartado 1) muestra que los salarios de tramitación en caso de despido improcedente son tributarios de la readmisión de la persona despedida, sea real o ficticia. Pero si se opta por la indemnización, su devengo no surge. Como queda expuesto, el art. 56.1 ET ya no incluye la condena a salarios de tramitación que solo cabría, por mandato del art. 56.2 ET, cuando se hubiere optado por la indemnización; en paralelo, como pusimos de relieve en las SSTS 676/2016 de 19 julio (rcud. 338/2015) y 706/2016 de 21 julio (rcud. 879/2015), el art. 110.1.b) LRJS tampoco contiene ya referencia alguna a los salarios de tramitación.

Ello comporta la necesidad de interpretar las normas procesales en el modo más acorde posible con tal diseño normativo. Por el contrario, la doctrina de la que discrepo aboca a que el diseño normativo solo se cumpla cuando las empresas siguen en activo y optan expresamente por la indemnización; sin embargo, cuando la empresa no está operativa la interpretación de que discrepo desemboca a un resultado bien distinto.

3. Titularidad de la "opción".

Tanto la norma sustantiva (artículo 56 ET) cuanto la procesal (art. 110.1 LRJS) identifican como "opción" en materia de despido improcedente la facultad de elegir una de las dos posibles consecuencias: indemnizar o readmitir.

Salvo el caso de quienes ejercen funciones representativas del personal (art. 56.4 ET) la titularidad de esa facultad corresponde al empleador. El artículo 110.1.a) LRJS reitera esa regla y le asigna consecuencias si la manifestación de voluntad surge "en el acto del juicio".

El artículo 110.1.b) LRJS concede al demandante la posibilidad de realizar una "solicitud". No sería fácilmente comprensible una norma procesal que alterase los claros términos de la Ley sustantiva. Como quiera que el precepto en cuestión añade que si media esa manifestación de voluntad peticional podrá acordarse "tener por hecha la opción" y esta expresión está en la base de la tesis de que discrepo, interesa proyectar algo de luz sobre esa confusa redacción. En mi opinión, en modo alguno se está atribuyendo a la persona despedida una opción similar a la del empleador; por las siguientes razones:



- A) La opción originaria del empleador no puede quedar sin contenido por el hecho de que la persona despedida se adelante y active la facultad prevista en la norma procesal (argumento lógico).
- B) La previsión del apartado b) está presuponiendo que no ha operado la previsión del apartado a) del artículo 110.1 LRJS. Por eso su ubicación es posterior y no previa (argumento locativo).
- C) La regla está admitiendo que cabe "tener por hecha la opción", pero si ésta ya ha sido realizada por el sujeto titular es evidente que ya no cabe su entrada en juego (interpretación literal). Estamos ante una ficción, que entra en juego si no se ha llevado a cabo la verdadera opción.
- D) El proclamado carácter prioritario y preferente de la facultad contemplada en el artículo 110.1.b) LRJS, si realmente fuera tal, debería esgrimirse también frente al empleador. Sin embargo, nuestra doctrina rechaza que ello sea así, hasta el extremo de que no cabe comparar los casos en que quien activa el precepto es el empleador con los otros (como el presente) en que es el Fondo.
- E) La prioridad y preferencia en cuestión acaba eliminando la facultad que el empleador posee y que asume, por subrogación, el Fondo. De ese modo, la subrogación no es tal.
- F) Como manifiesta el Ministerio Fiscal, el titular de la opción entre readmisión o indemnización es el empresario, salvo que el trabajador sea representante legal o sindical, en cuyo caso -y único caso- el trabajador es el titular de la opción. El trabajador demandante no puede constituirse nunca en el titular de la opción cuando ésta corresponda al empresario. La opción, o es del empresario o es del trabajador, pero no se sustituyen personalmente. Y si el FOGASA puede ejercitar el derecho de opción del empresario con plenos efectos y oponer todos los medios de defensa incluidos los personales de la empresa (art. 23.3 LRJS), se convierte por disposición legal, en el único titular de la opción cuando ésta hubiera correspondido al empresario.

En suma, el demandante puede efectuar una solicitud de que se tenga por hecha la opción, es decir, se trata de una "fictio iuris", como si el empresario hubiera optado. En modo alguno del tenor del precepto se infiere que el trabajador sea titular de una verdadera opción alguna. La norma procesal no puede anular la titularidad que el art. 56.1 ET concede al empresario. Y como no es posible entender que el trabajador despedido posea una opción personal, tampoco cabe compararla con la del empleador y calificarla de preferente sobre la que ejercita el Fondo cuando sustituye a la empresa.

4. El respeto a las funciones del FOGASA.

A) Nuestro ordenamiento posee un concepto claro de lo que significa la subrogación y ello nos ha permitido, por ejemplo, aclarar la posición del nuevo empleador respecto los derechos y obligaciones en materia laboral (art. 44 ET).

La restricción de los efectos subrogatorios ha de estar expresamente contemplada por la Ley a fin de que no opere la construcción general. Y no aparece en norma alguna la restricción referida a que el FOGASA se vea imposibilitado para ejercer las facultades previstas en el artículo 110.1.a) LRJS. La subrogación aparece reconocida al Fondo, por lo que respecta a cosas como el presente, en la propia Ley procesal (art. 23).

B) También conviene reparar en que el Fondo asume el abono de determinadas cuantías "a causa de insolvencia o concurso del empresario" (art. 33.1 LRJS). Sin embargo, por la vía interpretativa de que discrepo surgen responsabilidades para dicho organismo que no derivan de esas circunstancias, sino de la pasividad procesal de la empresa.

Se alcanza así un resultado que, si bien puede resultar satisfactorio en términos de protección social, aparece como disfuncional. Y es que, para alcanzar una mayor protección en caso de despido improcedente parece que se induzca a la irresponsabilidad empresarial. Parece paradójico que acabe con mayor protección el trabajador de empresa insolvente que el de empresa operativa y cumplidora de sus obligaciones.

C) La erección de organismos como el Fondo de Garantía Salarial viene obedeciendo a la necesidad de proteger a las personas asalariadas, "especialmente para garantizar el pago de sus créditos impagados" (Directiva 2008/94/CE, apartado 3 de la Exposición de Motivos). La interpretación de que discrepo, de forma paradójica, acaba propiciando el aumento de la responsabilidad del Fondo porque se le impide adoptar las mismas decisiones que podría tomar la empresa cuyos impagos ha de afrontar.

D) Desde la perspectiva de la comparación entre personas despedidas tampoco parece razonable el resultado a que se accede con la doctrina de que discrepo.

Si la empresa que ha despedido es solvente (en cuyo supuesto es muy probable que satisfaga las cotizaciones al Fondo, según exige el artículo 33.5 ET) y comparece en el juicio por despido, la persona que pierde su empleo recibe una protección inferior que cuando su empleador no comparece, es insolvente o ambas cosas. No se trata de que con ello haya una vulneración del artículo 14 CE o preceptos análogos, sino de que un organismo



surgido para proteger en los casos en que la empresa no lo hace acaba dispensando prestaciones superiores a las que, de ordinario, satisfaría la misma.

SEXTO.- Resolución del caso.

Por cuanto antecede, creo que el supuesto debiera haberse resuelto sentando sobre la base de dos postulados:

Primero.- El ejercicio de la opción por el FOGASA, en el supuesto del artículo 110.1 a) de la LRJS, a favor de la extinción del contrato, supone la condena a la empresa al abono de la indemnización, pero no de los salarios de tramitación.

Segundo.- Ello es así con independencia de que la persona despedida pudiera solicitar que se activara la facultad contemplada en el artículo 110.b) LRJS, ya que el Fondo se subroga en las facultades legalmente asignadas al empleador. Esto comportaría rectificar la vigente doctrina de la Sala para alinearla con la sentada en la STS 160/2019 de 5 marzo (Pleno, rcud. 620/2018).

En el caso, lo anterior comportaría acoger como doctrina correcta la recogida en la sentencia referencial y estimar el recurso de casación unificadora formalizado por la Abogacía del Estado.

FONDO DOCUMENTAL CENDUC