

**Tribunal Supremo, Sala Cuarta, de lo Social, Sección Pleno, Sentencia
160/2019 de 5 Mar. 2019, Rec. 620/2018**

Ponente: Luelmo Millán, Miguel Ángel.

UNIFICACIÓN DOCTRINA núm.: 620/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Miguel Angel Luelmo Millan

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social

PLENO

Sentencia núm. 160/2019

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D. Jesus Gullon Rodriguez, presidente

D. Fernando Salinas Molina

D^a. Maria Milagros Calvo Ibarlucea

D^a. Maria Luisa Segoviano Astaburuaga

D. Jose Manuel Lopez Garcia de la Serrana

D^a. Rosa Maria Viroles Piñol

D^a. Maria Lourdes Arastey Sahun

D. Miguel Angel Luelmo Millan

D. Antonio V. Sempere Navarro

D. Angel Blasco Pellicer

D. Sebastian Moralo Gallego

D^a. Maria Luz Garcia Paredes

D^a. Concepcion Rosario Ureste Garcia

En Madrid, a 5 de marzo de 2019.

Esta Sala ha visto el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el Fondo de Garantía Salarial, representado y asistido por el Abogado del Estado, contra la sentencia de fecha 14 de noviembre de 2017 dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia en el recurso de suplicación núm. 3801/2017 , formulado frente a la sentencia de fecha 7 de julio de 2017, dictada en autos 1108/2016 por el Juzgado de lo Social núm. 5 de Vigo , seguidos a instancia de Don Humberto y Don Isidoro , contra la empresa Eurolinings, S.L., y su administradora concursal Doña Sara , con intervención del Fondo de Garantía Salarial, sobre despido.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Miguel Angel Luelmo Millan.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 7 de julio de 2017, el Juzgado de lo Social núm. 5 de Vigo, dictó sentencia cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: "FALLO: ESTIMAR la demanda en materia de despido interpuesta por DON Humberto y DON Isidoro contra la mercantil EUROLININGS, S.L., declarando la improcedencia del despido de que los actores fueron objeto con fecha de efectos de 8 de noviembre de 2016 y, previa declaración de extinción del vínculo laboral que ligaba a las partes con efectos de esta resolución, condeno a la empresa demandada a abonar en concepto de indemnización a DON Leon la cantidad de diecinueve mil quinientos veintiún euros con setenta y cuatro céntimos de euro (19.521,74 €) y a DON Isidoro la cantidad de veinte mil trescientos ochenta y siete euros con noventa y nueve céntimos de euro (20.387,99 €), junto con los salarios de tramitación devengados entre la fecha del despido y la de la presente resolución a razón de 57,42 euros diarios y 58,67 euros diarios, respectivamente. Todo ello, con la convocatoria de la administradora concursal de la empresa, DOÑA Sara , y la intervención del FONDO DE GARANTÍA SALARIAL".

En dicha sentencia se declararon probados los siguientes hechos:

"PRIMERO.- El actor, don Humberto , con DNI NUM000 , desde el 31 de julio de 2008 ha venido prestando servicios a tiempo completo como especialista para la entidad Eurolinings, S.L., percibiendo por su actividad laboral un salario mensual por importe de 1.746,43 euros, incluido el prorrateo de pagas extraordinarias.

SEGUNDO.- El actor, don Isidoro , NIE NUM001 , desde el 29 de mayo de 2008 ha venido prestando servicios a tiempo completo como oficial de tercera para la entidad Eurolinings, S.L., percibiendo por su actividad laboral un salario mensual por importe de 1.784,56 euros, incluido el prorrateo de pagas extraordinarias.

TERCERO.- El 8 de noviembre de 2016 ambos actores causaron baja bajo la modalidad de despido objetivo, decisión que fue comunicada al representante sindical de los trabajadores.

CUARTO.- La empresa se encuentra cerrada y sin actividad, dándose de baja ante la Seguridad Social con efectos de 11 de enero de 2017.

QUINTO.- La empresa Eurolinings, S.L. ha sido declarada en situación de concurso de acreedores asumiendo doña Sara el cargo de administradora concursal.

SEXTO.- Ninguno de los demandantes ostenta ni ha ostentado a lo largo del año anterior al despido la representación legal de los trabajadores.

SÉPTIMO.- El actor dedujo papeleta de conciliación previa el día 2 de diciembre de 2016, que tuvo lugar el día 26 de ese mismo mes con el resultado de tenerse por intentada sin efecto. La demanda ha sido interpuesta el día 26 de diciembre de 2016".

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 14 de noviembre de 2017 , en la que consta la siguiente parte dispositiva: "FALLAMOS: Que Desestimando el Recurso de Suplicación interpuesto por la representación del Fondo de Garantía Salarial contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social Número Cinco de Vigo, de fecha 7 de Julio de 2017 , debemos confirmar íntegramente la resolución recurrida".

TERCERO.- Contra la sentencia dictada en suplicación, se formalizó, por el Abogado del Estado en representación del Fondo de Garantía Salarial, el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, alegando la contradicción existente entre la sentencia recurrida y la dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede Sevilla, de fecha 1 de febrero de 2017 , así como la infracción de lo dispuesto en el art. 110.1.a) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social , en relación con el art. 23.2 y 3 de la misma LRJS y con el art. 33 del Estatuto de los Trabajadores .

CUARTO.- Por providencia de esta Sala de fecha 8 de junio de 2018, se admitió a trámite el presente recurso.

QUINTO.- No habiéndose personado las partes recurridas, no obstante haber sido emplazadas en forma, se pasó todo lo actuado al Ministerio Fiscal para informe, que dictaminó en el sentido de

considerar que el recurso debe ser estimado. Instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para la votación y fallo el 13 de diciembre de 2018.

SEXTO.- En Providencia de fecha 13 de diciembre de 2018, se hacía constar lo siguiente: "Estimando la Sala que el presente recurso, por su contenido y especial trascendencia jurídica, debe ser analizado y discutido por el Pleno de ésta Sala, se suspende el señalamiento para deliberación y fallo que estaba acordado para el día de hoy, señalándose nuevamente para el Pleno del día 20 de febrero de 2019, quedando formada la sala por todos los Excmos. y Excmas. Sres/as Magistrados que la componen".

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Mediante el presente procedimiento se aborda la cuestión, en el marco de dos despidos objetivos por cierre de la empresa, de la responsabilidad del FGS (FOGASA) en el abono a los trabajadores demandantes de los salarios comprendidos entre el referido cierre y cese de aquéllos y la fecha de la sentencia de instancia. Se trata de una empresa declarada en concurso de acreedores, que no asistió a juicio, donde su administradora (la del concurso) fue citada juntamente con el FGS (FOGASA). La sentencia de instancia estimó la demanda y previa declaración de extinción del vínculo laboral, condenó a la empresa a abonar sendas indemnizaciones "junto con los salarios de tramitación devengados entre la fecha del despido y la de la presente resolución.....todo ello con la convocatoria de la administradora concursal de la empresa y la intervención del Fondo de Garantía Salarial".

Reurre éste en suplicación cuya sentencia la desestima y confirma la resolución recurrida por entender que no es aplicable el art 23.3 de la LRJS , ya que no se está en el caso, dice, "de una excepción ni de un medio de defensa y tampoco es un hecho obstativo, impeditivo o modificativo de la responsabilidad empresarial y en ningún caso ese ejercicio conlleva una desestimación total o parcial de la demanda".

El FOGASA formula contra dicho pronunciamiento recurso de casación para la unificación de doctrina citando de contradicción la sentencia del TSJ de Sevilla de 01/02/17 y alegando que había manifestado en el proceso la opción por la indemnización, así como que "de conformidad con la misma, el cese en el trabajo debería haberse producido el día real del cese", coincidente con la fecha del despido objetivo. Considera infringidos los arts 23. 2 y 3 y 110.1.a) de la LRJS y 33 del ET "y la jurisprudencia" (sin más detalles).

No consta impugnación de contrario.

El Mº Fiscal informa que debe estimarse el recurso.

SEGUNDO.- El art 219.1 de la LRJS exige para esta clase de recursos la existencia de sentencias dictadas en suplicación por las Salas de lo Social de los TTSSJJ que fueran contradictorias entre sí o con las de otra u otras Salas de dichos Tribunales o con sentencias del TS donde en mérito a hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales, se hubiere llegado a pronunciamientos distintos. En cumplimiento de tal exigencia el recurrente cita y aporta la STSJ de la Sala de lo Social del TSJ de Sevilla de 01/02/2017 .

Del examen comparado de ésta y la sentencia recurrida cabe concluir que se da la mencionada exigencia normativa, pues se trata de casos coincidentes en lo fundamental -aunque con inversión de la posición procesal (la actora es la recurrente) y versando sobre la indemnización por despido y no sobre los salarios devengados y donde también consta que el FOGASA había optado por la indemnización como responsable subsidiario de las prestaciones de garantía salarial al ser insolvente la empresa: primer fundamento de derecho- resolviéndose en el de la sentencia de contraste -en el que se contempla un caso de despido objetivo de un trabajador de una empresa que, según se declara probado, se hallaba de baja y sin actividad- en sentido desestimatorio del recurso de la trabajadora demandante, que había acudido a la suplicación porque la sentencia de instancia calculó el pago de la citada indemnización hasta la fecha del despido- por aplicación del

art 110.1.a) de la LRJS y con cita del 23 de la misma norma , constituyendo precisamente el contenido de ambos preceptos procesales el meollo de la cuestión a debatir, a la que se ha dado en cada caso (aunque en la sentencia recurrida se aborda el apartado b del art 110.1 de la LRJS) solución contraria acerca del período a contabilizar en el cálculo de los derechos económicos por despido en el trabajador/a que no puede en ninguno de los dos casos verse readmitido/a por coincidir en ambos la desaparición de la actividad empresarial.

TERCERO.- En cuanto al fondo de la cuestión litigiosa, el recurso que ahora se resuelve alega como infringido en su único motivo y según se ha anticipado, el art 110.1.a) de la LRJS en relación con el 23.2 y 3 de la misma norma y con el art 33 del ET .

Al respecto debe señalarse que el Real Decreto 505/1985, de 6 de marzo, sobre organización y funcionamiento del Fondo de Garantía Salarial, adelanta ya en su preámbulo que este organismo se constituye en un fondo público para garantizar la percepción de salarios adecuados e indemnizaciones insatisfechas por causas derivadas del desequilibrio patrimonial de las empresas y señalando que en él "se establecen, además, diversas medidas orientadas a garantizar el correcto destino de los fondos públicos que se administran...". Sus recursos económicos, en buena parte privados, proceden de diversas fuentes pero son limitados, según se desprende del art 3 de la misma norma reglamentaria, en cuyo nº 2 se prevé como una de tales fuentes las cantidades por subrogación de dicho organismo concretada antes en el art 2 Cuatro cuando dice, como antes lo hiciera el art 33.4 del ET , que "para el reembolso de las cantidades satisfechas conforme a los números 1 y 3 de este artículo, el Fondo de Garantía Salarial se subrogará obligatoriamente en los derechos y acciones de los trabajadores frente a los empresarios deudores, de acuerdo con lo establecido en el artículo 33.4 del Estatuto de los Trabajadores ", lo cual resulta en la práctica ineficaz cuando se trata de empresas desaparecidas o, cuanto menos, harto dificultoso cuando, como acontece en el caso presente (hecho primero de los declarados probados en la sentencia de instancia), se hallan cerradas, sin actividad, de baja en la Seguridad Social y en situación de concurso, incluso teniendo en cuenta lo dispuesto en el art 33.3 y 4 del ET , que reconoce a dicho ente la condición de acreedor en el oportuno expediente y su crédito privilegiado.

De otra parte, el FOGASA, como organismo autónomo adscrito al Mº de Empleo y Seguridad Social, tal y como establece la ley (art 33.1 del ET), se debe al general principio de estabilidad, que, en términos más concretos, proclama, respecto de los presupuestos de las distintas Administraciones Públicas, el art 135.1 de la C.E ., lo que más ampliamente abarca, evidentemente, todas cuantas actuaciones realicen dichas Administraciones en defensa de los intereses públicos gestionados, como los que alude el art 23.1 de la LRJS en referencia precisamente al FOGASA, lo que supone un equilibrio entre recursos y financiación (art 33.5 ET), de un lado, y gasto de otro, para que pueda llevar a cabo adecuadamente los fines que le son propios, so pena de que el déficit que de otro modo pudiera surgir impidiera el cumplimiento de los mismos y la quiebra del espíritu y filosofía social que ha dado origen al organismo.

Sobre la base de cuanto antecede y teniendo en cuenta las muy concretas circunstancias del caso, cabe señalar que el precitado art 23 de la LRJS manifiesta en su nº3 que "El Fondo de Garantía Salarial dispondrá de plenas facultades de actuación en el proceso como parte, pudiendo oponer toda clase de excepciones y medios de defensa, aun los personales del demandado, y cuantos hechos obstativos, impeditivos o modificativos puedan dar lugar a la desestimación total o parcial de la demanda, así como proponer y practicar prueba e interponer toda clase de recursos contra las resoluciones interlocutorias o definitivas que se dicten". La enumeración de tales facultades y su genérica formulación en aspectos como los subrayados, amén de lo que comporta la declaración legal (art 33.1 ET) de su obligación de abonar los salarios pendientes de pago a causa de insolvencia o concurso del empresario, que lo constituye automáticamente en acreedor igualmente normativo de tales importes frente a la empresa supone que ya anticipadamente y en esa condición de responsable subsidiario, puede asumir en el procedimiento el lugar de ésta (la empresa) cuando la misma 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) de la LRJS , que señala que "en el acto de juicio, la parte titular de la opción entre readmisión o indemnización podrá anticipar su opción, para el caso de declaración de improcedencia, mediante expresa manifestación en tal sentido, sobre la que se pronunciará el juez en la sentencia, sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 111 y 112".

Y esto es precisamente lo que de algún modo se reconoce en la sentencia de suplicación donde (primer fundamento de derecho) se recoge que dicho organismo sostiene en su recurso que "manifestó en el proceso la opción por la indemnización", lo cual no niega la Sala dirimente.

Lo que sucede es que dicho Tribunal considera que no es posible entender que dentro de las facultades del FOGASA a que se refiere el art 23.3 de la LRJS esté la de optar para el caso de improcedencia del despido porque "en los términos que emplea el precepto no es una excepción, ni un medio de defensa y tampoco es un hecho obstativo, impeditivo o modificativo de la responsabilidad empresarial", en una interpretación que no consideramos conforme a la propia teleología del precepto y que no parece tener en cuenta el contenido del art 3.1 del Código Civil cuando se refiere al "espíritu y finalidad" de la norma, que son sus criterios fundamentales para toda hermenéutica normativa, según el propio artículo ("Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas"..)

Del mismo modo y por cuanto se ha razonado hasta ahora, hay que rechazar el argumento de aquélla 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).

La Sala entiende la dificultad de considerar que el derecho de opción no se ejercite por su titular y lo haga un tercero -el FOGASA- que, en principio es ajeno a la relación laboral, siendo, como se decía, un garante subsidiario en las cantidades previstas en el artículo 33 ET . No obstante, esta posición está extraordinariamente reforzada en el aspecto procesal, como se indica en el referido artículo 23 ET y concordantes. En atención a ello, especialmente porque el artículo 23.2 autoriza al FOGASA a instar en el proceso "*lo que convenga en Derecho*", la Sala considera factible que el FOGASA pueda ejercitar el derecho de opción con efectos plenos en aquellos casos en los que concurren, simultáneamente, las siguientes circunstancias, de las que, como se ve, ya se ha dejado constancia a lo largo de cuanto se ha expresado precedentemente al enumerar las concurrentes en el presente caso: en primer lugar, que la empresa no haya comparecido en el acto del juicio; en segundo, que estemos en presencia de alguno de los supuestos previstos en el artículo 23.2 LRJS , esto es, que se trate de empresas incursas en procedimientos concursales, declaradas insolventes o desaparecidas, siempre que conste que la empresa ha cerrado sus actividades, siendo, en consecuencia, imposible o de difícil realización la readmisión; en tercero, que se trate de un supuesto en el que el titular de la opción fuere el empresario, pues no se puede sustituir el derecho de opción de quien no lo tiene; y, en cuarto lugar, que el FOGASA haya comparecido en el procedimiento en el momento de efectuar la opción.

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.

Por todo ello, la solución correcta es la de la sentencia de contraste, que asimismo propone el Mº Fiscal en su preceptivo informe, lo que lleva a la estimación del recurso con revocación de la sentencia recurrida y, en este exclusivo punto, la de instancia que confirma.

FALLO

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

:

Estimar el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el Fondo de Garantía Salarial, contra la sentencia de fecha 14 de noviembre de 2017 dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia en el recurso de suplicación núm. 3801/2017 , formulado frente a la sentencia de fecha 7 de julio de 2017, dictada en autos 1108/2016 por el Juzgado de lo Social núm. 5 de Vigo , seguidos a instancia de Don Humberto y Don Isidoro , contra la empresa Eurolinings, S.L., y su administradora concursal Doña Sara , con intervención del Fondo de Garantía Salarial, sobre despido. Casamos y anulamos la sentencia recurrida, declarando la limitación de la responsabilidad del FOGASA en los salarios devengados por los trabajadores accionantes hasta la fecha de su cese efectivo en la empresa. Sin costas.

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

Así se acuerda y firma.

D. Jesus Gullon Rodriguez D. Fernando Salinas Molina

Dª Maria Milagros Calvo Ibarlucea Dª Maria Luisa Segoviano Astaburuaga

D. Jose Manuel Lopez Garcia de la Serrana Dª Rosa Maria Viroles Piñol

Dª Maria Lourdes Arastey Sahun D. Miguel Angel Luelmo Millan

D. Antonio V. Sempere Navarro D. Angel Blasco Pellicer

D. Sebastian Moralo Gallego Dª Maria Luz Garcia Paredes

Dª Concepcion Rosario Ureste Garcia