

El derecho de opción, no preferente, del FOGASA en el despido improcedente.

STS-SOC núm. 142/2020, 13 de febrero.

Juan Martínez Moya

Magistrado de la jurisdicción social. Vocal del Consejo General del Poder Judicial

Resumen: *El FOGASA puede anticipar la opción por la extinción contractual en el acto del juicio que le corresponde a la empresa, en caso de despido improcedente, si ésta no comparece al acto de juicio y la readmisión del trabajador despedido no es realizable por cierre de la empresa. Sin embargo, cuando el trabajador también opta por la extinción al amparo del art. 110.1.b) LRJS, esta opción es preferente y prioritaria frente a la del FOGASA. Esta preferencia, si se ejercita, puede repercutir en el devengo de salarios de tramitación.*

Palabras clave: *Fondo de Garantía Salarial, despido, derecho de opción, preferencia del trabajador; salarios de tramitación.*

Abstract: *Le Fonds de garantie salariale espagnol (FOGASA) a le droit d'option entre l'indemnisation et la réintégration en cas de licenciement irrégulier lorsque l'employeur ne se présente pas au procès. Cependant, le droit d'option du travailleur est préférentiel et prioritaire sur celle du FOGASA. Cette préférence, si elle est exercée, peut affecter aux salaires durant la procédure de contestation du licenciement.*

Keywords: *Fonds de garantie salariale; licenciement irrégulier; droit d'option préférentiel du travailleur; salaires durant la procédure de contestation du licenciement.*

I. Introducción

La enorme litigiosidad que soporta el FOGASA difícilmente podía escapar al espinoso tema de la opción por la indemnización en casos de despido improcedente, cuando la empresa no comparece a juicio y no es posible la readmisión del trabajador. La compleja naturaleza de su posición procesal como parte, en sentido amplio, y el juego de la elasticidad de sus facultades procesales, exigía poner fin a la divergencia de criterios de las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia en esta materia. Era necesario unificar doctrina sobre si el FOGASA puede, en los casos en que la empresa se encuentra en proceso concursal, cerrada y sin actividad, ejercitar la opción en supuesto de despido improcedente, con las consecuencias económicas que se derivan en cuanto al importe de la indemnización y de los salarios de tramitación que, eventualmente, le correspondería percibir al trabajador.

La sentencia del Tribunal Supremo (Sala Social) seleccionada en este comentario conlleva una novedad no genuina en lo principal, pero sí complementaria en un aspecto no menor: sobre la preferencia o no del derecho de opción con relación al trabajador. Reitera su propia doctrina contenida en STS (Pleno) de 5 de marzo de

2019, Rcd. 620/2018, al considerar factible que el FOGASA pueda ejercitar el derecho de opción con efectos plenos cuando se den determinadas circunstancias. Lo novedoso: más allá de este criterio general que se reitera, la sentencia que analizamos envuelve la idea de contención o límites en un doble sentido: (a) primero, porque matiza esta doctrina al establecer un “*criterio de contención del derecho de opción*” del FOGASA al precisar que la facultad ex art. 110. 1b) LRJS conferida al trabajador, 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; (b) y en segundo término, porque eventualmente puede abonar un debate de reforma de la normativa de las facultades procesales del FOGASA dirigida también a otra clase de contención: la del gasto.

Este criterio de preferencia del trabajador en caso de concurrencia de opciones tiene apoyo en la literalidad de la norma (art. 110.1 b/ LRJS). Sin embargo, si ahora observamos este criterio en un contexto de crisis económica y social derivada de la pandemia Covid-19, no resultaría aventurado afirmar que la preferencia del trabajador por la opción en caso de concurrencia con el Fogasa se expone a formar parte de un conjunto de elementos que el Estado-legislador puede valorar para reforzar los mecanismos de control y racionalidad en los gastos en prestaciones sociales, en un sentido amplio. Un reciente ejemplo lo hallamos en el Real Decreto-ley 19/2020, de 26 de mayo, por el que se adoptan medidas complementarias en materia agraria, científica, económica, de empleo y Seguridad Social y tributarias para paliar los efectos del COVID-19, que agrega un nuevo apartado, el 11, al artículo 33 del texto refundido del Estatuto de los Trabajadores, incluyendo de esta manera, como explica su exposición de motivos “*una regulación específica sobre el silencio administrativo en los procedimientos de garantía salarial previstos en el artículo 33 del, de modo que, señalándose que el plazo de tramitación sea de tres meses, se dispone el silencio administrativo estimativo para el caso de que no se hubiera resuelto en plazo, bien que constreñido al reconocimiento de las obligaciones en favor de personas que puedan ser legalmente beneficiarias de esa prestación y por la cuantía que resulte por aplicación de los límites previstos en dicho artículo. Y ello para evitar que personas que en ningún caso puedan ser beneficiarias obtengan este tipo de prestaciones y también evitar que los solicitantes puedan percibir cantidades por encima de los límites máximos previstos en la ley*”.

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: Sentencia.

Órgano judicial: Tribunal Supremo (Sala Social).

Número de resolución judicial y fecha: 142/2020, 13 de febrero.

Tipo y número recurso o procedimiento: Recurso de casación para la unificación de doctrina 1806/2018

ECLI: ES: TS: 2020:770.

Fuente: CENDOJ.

Ponente: Excma. Sra. Concepción Rosario Ureste García.

Votos Particulares: carece.

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

1. El núcleo de la cuestión

El problema jurídico suscitado se centra en determinar si el FOGASA tiene facultades para anticipar el derecho de opción que corresponde a la empresa, en caso de despido improcedente, cuando la empresa no comparece en el acto de juicio y no es posible la readmisión, si bien, la trabajadora ejercitó la opción del artículo 110.b) LRJS.

2. La sentencia del Juzgado de lo Social

La sentencia del Juzgado de lo Social núm. 3 de Burgos de 19 de octubre de 2017^[1] estimó la demanda por despido presentada por una trabajadora, contra la empresa G.T.M SL, y declaró la improcedencia del despido, así como la extinción de la relación laboral que unía a las partes con fecha de efectos de la sentencia (19.10.2017), condenando a la empresa demandada a estar y pasar por tal declaración y a abonar a la demandante 24.902,18 euros, en concepto de indemnización, y 6.472,94 euros por salarios dejados de percibir desde la fecha del despido (2-6-17) hasta la de la sentencia. Todo ello sin perjuicio de la responsabilidad que pudiera corresponder al FOGASA en los términos y con los límites del Art. 33 ET-. La resolución de instancia declaró improcedente el despido de la actora (la empresa estaba de baja y sin actividad, no compareciendo en juicio) calculando la indemnización a la fecha de la sentencia y abono de los salarios dejados de percibir, y descartando la postura del FOGASA ante la solicitud de extinción de la relación laboral por parte de la trabajadora

3. Los recursos procesales

(a) *Suplicación*. Recurrída en suplicación por el FOGASA la sentencia de instancia, es confirmada por otra de la Sala de lo Social del TSJ Castilla-León/Burgos de 28 de febrero de 2018^[2] que confirma aquel pronunciamiento. Allí se dice que recurre el FOGASA en suplicación, con base en un motivo jurídico (*artículo 193. c) de la LRJS*), sobre un supuesto fáctico referido a un despido declarado improcedente en que la empresa que se encuentra de baja y sin actividad no compareció, si lo hizo el FOGASA, organismo que interesó la extinción de la relación laboral con la indemnización correspondiente calculada a la fecha de efectos del despido, pretendiendo que no cabía condena a salarios de tramitación. La sentencia del Juzgado de lo Social entendió que no cabía esta pretensión del FOGASA sino que ante la solicitud de extinción de la relación laboral por parte de la trabajadora, al ser imposible la readmisión, el pronunciamiento que correspondía es el que transcrito con anterioridad. La Sala confirma este criterio acudiendo a tres clases de criterios: de literalidad, finalista y sistemático.

(b) *Casación para unificación de doctrina*. Contra la sentencia de la Sala del tribunal regional se interpuso por el Abogado del Estado, en la representación del FOGASA, recurso de casación para la unificación de doctrina, seleccionando como sentencia de contratase *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)*^[3]. En esta sentencia se desestimaba el recurso de suplicación formulado 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, considera correctamente calculada la indemnización. La contradicción surge porque en el caso de la sentencia recurrida se ha otorgado prevalencia a la solicitud del trabajador, denegándosele al organismo público, mientras que en la referencial la decisión adoptada es la contraria: se deniega el derecho a la trabajadora por residenciar el derecho de opción en el FOGASA.

IV. Posición de las partes

1. FOGASA: como parte interviniente en el juicio y recurrente.

El Abogado del Estado, en representación del FOGASA, interpone recurso de suplicación 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. Sostiene, en esencia, que le corresponde la facultad de ejercer anticipadamente la opción en este caso de declaración de improcedencia del despido e incomparecencia del empresario a juicio, al concurrir los elementos de los que se infiere la imposibilidad de readmisión.

2. La trabajadora: parte demandante y recurrida

Impugna el recurso de casación para unificación de doctrina e interesa cuestionando en primer término la concurrencia de la identidad necesaria, para sostener luego la confirmación de la sentencia recurrida.

3. El Ministerio Fiscal

En el preceptivo informe en el trámite de recurso, interesó la estimación del recurso entendiendo que el FOGASA puede ejercitar el derecho de opción del empresario con plenos efectos, convirtiéndose por disposición legal en el único titular de la opción cuando ésta hubiere correspondido al empresario.

V. Normativa aplicable al caso

La normativa que se interpreta y aplica al caso está centrada en dos preceptos de la **Ley Reguladora de la Jurisdicción Social**:

+) Artículo 110. Efectos del despido improcedente.

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 (...).

+) Artículo 23. Intervención del Fondo de Garantía Salarial.

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.

VI. Doctrina básica

El FOGASA puede anticipar la opción por la extinción contractual en el acto del juicio que le corresponde a la empresa, en caso de despido improcedente, si ésta no comparece al acto de juicio y la readmisión del trabajador despedido no es realizable por cierre de la empresa. Sin embargo, cuando el trabajador también opta por la extinción al amparo del art. 110.1.b) LRJS, esta opción es preferente y prioritaria frente a la del FOGASA.

VII. Parte dispositiva

El Tribunal Supremo estima parcialmente el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el Fondo de Garantía Salarial (FOGASA), contra la sentencia de fecha 28 de febrero de 2018 dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León Burgos, en el recurso de suplicación núm. 59/2018.

La estimación del recurso queda ceñida a corregir, casando y anulando en parte, el criterio de la sentencia de suplicación recurrida en cuanto a las facultades del FOGASA en sustitución de la empresa; pero se deja inmodificado su fallo en cuanto a la solución final que adopta confirmando la indemnización y salarios de tramitación fijados en la sentencia de instancia al haber ejercitado oportunamente la parte demandante su derecho de opción. Sin costas.

VIII. Pasajes decisivos

Los cobijaremos en tres apartados, cuyas rúbricas son nuestras:

+) *Quid iuris*

La cuestión casacional planteada por la Abogacía del Estado, en la representación que ostenta del Fondo de Garantía Salarial, gira en torno a los *artículos 110.1.a) de la LRJS, 23.2 y 3 del mismo texto legal y art. 33 del ET*; versa acerca de si dicho organismo tiene facultades para anticipar el derecho de opción que corresponde a la empresa, en caso de despido improcedente, cuando ésta no comparece en el acto del juicio y no es posible la readmisión

+) Aplicación de la doctrina jurisprudencial que faculta al FOGASA a anticipar el derecho de opción de la empresa en caso de despido improcedente, en caso de incomparecencia de empresa al acto de juicio e imposibilidad de readmisión.

El núcleo debatido ha sido objeto de examen y enjuiciamiento por *esta Sala IV, unificando la doctrina en STS (Pleno) de 5 de marzo de 2019, Rjud. 620/2018*, en la que establecimos lo siguiente: "En atención a ello, especialmente porque el artículo 23.2 autoriza al FOGASA a instar en el proceso "lo que convenga en Derecho", la Sala considera factible que el FOGASA pueda ejercitar el derecho de opción con efectos plenos en aquellos casos en los que concurren, simultáneamente, las siguientes circunstancias, de las que, como se ve, ya se ha dejado constancia a lo largo de cuanto se ha expresado precedentemente al enumerar las concurrentes en el presente caso: en primer lugar, que la empresa no haya comparecido en el acto del juicio; en segundo, que estemos en presencia de alguno de los supuestos previstos en el artículo 23.2 LRJS, esto es, que se trate de empresas incursas en procedimientos concursales, declaradas insolventes o desaparecidas, siempre que conste que la empresa ha cerrado sus actividades, siendo, en consecuencia, imposible o de difícil realización la readmisión; en tercero, que se trate de un supuesto en el que el titular de la opción fuere el empresario, pues no se puede sustituir el derecho de opción de quien no lo tiene; y, en cuarto lugar, que el FOGASA haya comparecido en el procedimiento en el momento de efectuar la opción".

Pronunciamientos posteriores reiteran dicha doctrina, señalando, en orden a la eficacia de la opción que hubiere realizado el organismo público (SSTS de 4.04.2019 rcud 1865/2018 y 4064/2017 , entre otras) que: "debemos también resolver en el presente recurso 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 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". 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.

+) El aporte doctrinal de esta sentencia: sin embargo, la opción del trabajador es preferente

En el actual supuesto, el trabajador ha ejercitado la opción correspondiente 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 tratarse de una previsión especial ligada a la concurrencia de unas determinadas circunstancias- ha de prevalecer respecto de la genérica opción establecida en el apartado a) de dicho precepto a favor de quien resultare ser titular de la opción.

En consecuencia, aunque la recurrida no se ajusta a la doctrina relatada en el extremo atinente a la negativa al FOGASA del ejercicio del correspondiente derecho, sin embargo, "existe una situación que no debe ser obviada a la hora de resolver el debate que se ha planteado" (rcud 2009/2018 deliberado en esta misma fecha), habida cuenta la situación de concurrencia en las opciones y la prevalencia que hemos afirmado de la que efectuare el trabajador.

IX. Comentario

Las consecuencias del despido improcedente o nulo han de ser las especificadas por el ET y la LRJS con carácter general. Los efectos de la opción en casos de despido improcedente tienen un fundamento legal. Estas dos afirmaciones, aparentemente obvias, pueden ganar complejidad cuando por ejemplo, la jurisprudencia unificadora considera que no procede que el órgano judicial, de oficio, sustituya el efecto de readmisión que la ley establece para la declaración de despido nulo por la no pedida extinción indemnizada del contrato de trabajo, efecto que, en su caso, podrá solicitar el trabajador en el trámite de ejecución de sentencia (TS 16 de abril de 2012)^[4], tesis coherente con el vigente *art.286.2 LRJS* sobre la regulación de la readmisión del trabajador en supuestos de acoso. También podríamos reparar en otros criterios jurisprudenciales que revisaban la doctrina, abandonándola, sobre la posibilidad de sustituir la readmisión por abono de indemnizaciones cuando el empleador era una empresa pública (TS 7 de octubre de 1996)^[5]; o que dejaba claro que la opción del trabajador por la readmisión debía ejecutarse en sus propios términos para los representantes de los trabajadores y los despidos nulos (TS 5 de octubre de 2001)^[6].

El volumen de litigiosidad que recae sobre el FOGASA, y los costes de salarios de tramitación aparece en el trasfondo metajurídico de la cuestión suscitada. Como dijimos al principio, difícilmente podía escapar al complicado tema de la opción en

casos de despido improcedente cuando la empresa no comparece a juicio y no es posible la readmisión.

En la resolución en los litigios donde se ve involucrada la responsabilidad del FOGASA siempre están presentes dos argumentos: a) La condición y naturaleza jurídica-pública del FOGASA; y b) La amplitud de sus facultades procesales^[7]. En cuanto a lo primero, el FOGASA es un organismo autónomo dependiente del Ministerio de Trabajo y Economía Social que atiende fundamentalmente a garantizar salarios e indemnizaciones, de ordinario, como responsable subsidiario, en caso de insolvencia empresarial, y excepcionalmente, como responsable directo. Atiende a una finalidad de interés público definida por ser un ente asegurador de unas determinadas contingencias; la protección que dispensa es obligatoria; se nutre de las cotizaciones de empresarios que se hacen efectivas junto con las cuotas de Seguridad Social; su naturaleza, en fin, es pública. Con relación a la condición y naturaleza jurídica del FOGASA, la jurisprudencia unificadora (TS 22 de octubre de 2002 y 24 de noviembre de 2004)^[8] es rotunda al afirmar, por una parte, que por imperativo legal es responsable legal subsidiario ante los trabajadores respecto de determinadas deudas del empresario art.33.1 y 2 ET); y por otra que su condición jurídica es la más parecida a un fiador con responsabilidad subsidiaria (TS 22 de abril de 2002)^[9]. Proximidad conceptual que no permite equiparar totalmente este organismo con quien asume contractualmente el pago de una obligación en defecto del deudor principal. El FOGASA no puede ser identificado con el fiador (Código Civil art.1822) por más que su posición jurídica, cuando asume el pago de deudas del empleador sea similar a la del fiador en el mismo caso.

En general, hay que recordar que, desde la perspectiva procesal, el art.23 LRJS faculta al FOGASA para su comparecencia como parte en cualquier fase o momento de la tramitación en los procesos de los que se pudiera derivar posteriormente una responsabilidad de abono a los trabajadores litigantes (23.1) y del mismo modo se refleja que en los supuestos de empresas incursas en procedimientos concursales, el Juez, de oficio o a instancia de parte, debe citar al FOGASA como parte dándole traslado de la demanda a fin de que pueda asumir sus obligaciones legales e instar lo que a su derecho convenga (23.2); remitiéndose para ello al art.276 LRJS, en el que se afirma la necesidad de dar audiencia al FOGASA, previamente a la declaración de insolvencia empresarial para que pueda instar la práctica de las diligencias que a su derecho convenga y designar los bienes del deudor principal que le conste._

Específicamente, el FOGASA, cuando ha sido citado a juicio está obligado a utilizar todos los medios de defensa que entienda necesarios para defender la posición jurídica de la empresa. En este sentido el proceso entre trabajadores y empresa al que es obligatoriamente llamado el Fondo, produce un efecto preclusivo para él respecto de todo lo que puede oponer para dicha defensa, incluso aquello que, pudiendo y debiendo, opte por no plantear. En consecuencia, si aparece como demandado directo en un proceso posterior, ya no puede alegar u oponer lo que no alegó ni opuso en el primer juicio en defensa de la empresa (TS 10 de julio de 2001, y las que allí se citan)^[10].

Estas consideraciones del Tribunal Supremo en favor de admitir la posibilidad de que el trabajador demandante pueda solicitar la extinción de la relación laboral en el acto de juicio cuando la empresa está desaparecida, resultan sin duda perfectamente trasladables - con mayor motivo - a la posición jurídica que ocupa el FOGASA en este tipo de procedimientos, en la medida en que se vería obligado a asumir a cargo de los presupuestos públicos y en perjuicio de los intereses colectivos, los mayores costes económicos derivados de lo que no sería sino una artificiosa prolongación del proceso con fines espurios, absolutamente ajenos a cualquier legítima y mínima posibilidad de conseguir la efectiva readmisión del trabajador.

Por su parte, las SSTs 19 de julio de 2016^[11] y 21 de julio de 2016^[12], que en interpretación de lo dispuesto en el art.110.1.b) LRJS, han concluido que el ejercicio por el trabajador demandante de la posibilidad de solicitar la extinción de la relación

laboral en la propia sentencia conlleva aparejado el devengo de salarios de tramitación hasta la fecha de la sentencia, siempre que la extinción sea solicitada expresamente por el trabajador demandante y se acredite la imposibilidad de su readmisión por cese o cierre de la empresa. No tratan estas sentencias de las facultades de actuación del FOGASA en este tipo de procedimientos con empresas desaparecidas, pero llaman la atención sobre las indeseables consecuencias a las que puede conducir la prolongación en tales circunstancias del proceso laboral hasta su fase de ejecución necesariamente abocada a la declaración de extinción de la relación laboral derivada de la opción tácita por una imposible readmisión que supone la incomparecencia en el proceso de la empresa desaparecida^[13].

Si la readmisión del trabajador despedido no es realizable (por cierre de la empresa) y el empleador no comparece al juicio, el FOGASA puede anticipar la opción por la extinción contractual en el acto del juicio. Pero cuando el trabajador también opta por la extinción al amparo del art. 110.1.b) LRJS, esta opción es preferente y prioritaria frente a la del FOGASA. Hasta aquí la doctrina jurisprudencial y su complemento. La consecuencia es que de mantenerse la prioridad de la opción se devengan salarios de tramitación que, al haber desaparecido la empresa, corren a cargo del FOGASA.

En este contexto pos-COVID-19 de crisis económica – deseemos que sea coyuntural-, es predecible un importante incremento de cierres empresariales, lo que comportará un relevante gasto que este organismo público ha de tener que afrontar ante situaciones de insolvencia empresarial. Este pronóstico apunta a la reflexión que pasamos seguidamente a exponer.

X. Apunte final

No resulta descartable la adopción de reformas normativas en la materia que clarifiquen este panorama y refuercen los mecanismos de control de gasto del FOGASA. Existe plataforma para su impulso normativo. El Real Decreto-ley 11/2020, de 31 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes complementarias en el ámbito social y económico para hacer frente al COVID-19, contempla en su Disposición adicional decimonovena, bajo el epígrafe “Agilización procesal”, un Plan de Actuación para agilizar la actividad judicial en los órdenes jurisdiccionales social, contencioso-administrativo y mercantil a propuesta del Ministerio de Justicia^[14]. Lógicamente, prevalecería como medida normativa dirigida a contribuir a la recuperación económica de la crisis frente a estímulo orientado a la agilización procesal. El Consejo General del Poder Judicial ha elaborado un Plan de medidas organizativas y procesales del plan de choque para la Administración de Justicia tras el estado de alarma^[15]. En este documento del CGPJ, entre otras medidas, se sugiere que la norma recoja la facultad de anticipar el FOGASA la opción por la extinción contractual para evitar el devengo de salarios de tramitación, en concordancia con sus facultades subrogatorias (art. 23 LRJS) y clarificando el régimen actual. Por ello, si el empresario titular de la opción no comparece a juicio y consta que la readmisión no es realizable, el FOGASA debe poder optar por la extinción, sin que se devenguen salarios de tramitación. Incluso se llega a más: se sugiere añadir un segundo párrafo al art. 110.1.a) de la LRJS con el contenido siguiente: «*Si el empresario titular de la opción no comparece y constare no ser realizable la readmisión, el Fondo de Garantía Salarial podrá optar por la indemnización, en cuyo caso no se devengarán salarios de tramitación. Si la indicada opción fuera ejercitada tanto por el trabajador como por Fondo de Garantía Salarial, se concederá prioridad a la de este organismo*». En un contexto confiemos y deseemos, coyuntural, es predecible un importante incremento de cierres empresariales por la crisis y que puede suponer un gasto que este organismo público ha de tener que afrontar ante situaciones de insolvencia empresarial. No es posible medir el impacto que va a tener dicha medida sobre la situación futura, pero los efectos de la crisis COVID-19 auguran un notable incremento de demandas de despido, y la experiencia indica que un gran número de esas extinciones serán impugnadas.

En coherencia, se propone que, en el supuesto de mantenerse la redacción del art. 56.3 ET, la redacción del art. 110.1.a) LRJS establezca que, si el empresario titular de la opción no comparece y constare no ser realizable la readmisión, el FOGASA no solo pueda optar por la indemnización, en cuyo caso no se devengarán salarios de tramitación, sino que, caso de que la indicada opción fuera ejercitada tanto por el trabajador como por FOGASA, se conceda prioridad a la de este último Organismo.

En definitiva, la pelota está en el tejado del Gobierno, como promotor del aludido Plan de Choque. Está claro que si lo que se pretende es una modificación normativa en tal sentido, nada aporta que se diga que el FOGASA tiene la facultad para anticipar la opción en caso de despido improcedente por cierre de la actividad e incomparecencia de empresa, pues se limitaría a recoger la doctrina jurisprudencial reiterada antes mencionada. Pero si lo que se persigue es que el FOGASA no abone salarios de tramitación en dicho supuesto, como medida de racionalización del gasto público en una situación de crisis económica, deberá contemplar con claridad tal previsión, pues de lo contrario, si se emprende la reforma ceñida exclusivamente a esos términos, solo causará litigiosidad y pronunciamientos divergentes.

Por último, como escenario de fondo, un problema estructural del FOGASA. La notoria dificultad material que tiene el este organismo autónomo FOGASA para comparecer en todos los juicios por déficit de plantilla de letrados. Desde esta óptica, los cambios normativos deberían moverse sobre otras claves, si se quiere más avanzadas. Se podría modificar el art. 23.8 LRJS con la finalidad de ampliar las facultades procesales del FOGASA y permitir hacer la opción por escrito antes de la vista^[16]. Si de lo que se trata es de atenuar la judicialización de las impugnaciones por despido, mantener esa opción preferente del trabajador, la implantación de los salarios de tramitación en el despido improcedente es un elemento incentivador de la conciliación administrativa previa, y disuasorio del interés empresarial en dar lugar al proceso, que disminuiría los pleitos por despido; y alguna viabilidad habría que dar al FOGASA para ejercitar o anticipar esa opción. Alternativamente, si la propuesta de reforma normativa se endereza en reducir el coste económico de salarios de trámite para el FOGASA, en ese caso, lo procedente sería simplemente eliminar el derecho a salarios de tramitación en caso de improcedencia del despido.

Referencias:

1. *^ Se constata un error material en los Antecedentes de Hecho (primero) de la sentencia comentada cuando consigna la fecha de la sentencia del Juzgado de lo Social, pues es de 19 de octubre de 2017 y no de 19 de febrero de 2017. Basta confrontarlo con la fecha del despido que es de 2 de junio de 2017*
2. *^ ES:TSJCL:2018:747*
3. *^ ES:TSJAND:2017:3767*
4. *^ ECLI:ES:TS:2012:3672*
5. *^ ECLI:ES:TS:1996:5360*
6. *^ ECLI:ES:TS:2001:7576*
7. *^ Martínez Moya, Juan, en ¿Puede el Fondo de Garantía Salarial optar por la indemnización en los casos de despido improcedente en que la empresa se encuentra cerrada y sin actividad? Foro abierto. Coord. Lluch Corell, FJ. El Derecho Editores / Revista de Jurisprudencia El Derecho, nº 1, 1 de diciembre de 2016*
8. *^ ECLI:ES:TS:2002:6939; ECLI:ES:TS:2004:7622*
9. *^ ECLI:ES:TS:2002:9508*
10. *^ ECLI:ES:TS:2001:6012*

11. ^ *ECLI:ES:TS:2016:3963*
12. ^ *ECLI:ES:TS:2016:4011*
13. ^ *Moralo Gallego, Sebastián, en ¿Puede el Fondo de Garantía Salarial optar por la indemnización en los casos de despido improcedente en que la empresa se encuentra cerrada y sin actividad? Foro abierto Coord. Lluch Corell, FJ. Op. cit.*
14. ^ *Real Decreto-ley 11/2020, de 31 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes complementarias en el ámbito social y económico para hacer frente al COVID-19. Disposición adicional decimonovena. Agilización procesal. Una vez que se haya dejado sin efecto la declaración del estado de alarma y de las prórrogas del mismo que, en su caso, se hayan acordado el Gobierno, a propuesta del Ministerio de Justicia, aprobará a la mayor brevedad posible y en todo caso en el plazo máximo de 15 días, un Plan de Actuación para agilizar la actividad judicial en los órdenes jurisdiccionales social y contencioso-administrativo así como en el ámbito de los Juzgados de lo mercantil con la finalidad de contribuir al objetivo de una rápida recuperación económica tras la superación de la crisis.*
15. ^ *La Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial por Acuerdo de 7 de mayo de 2020, tomó conocimiento de la elaboración de documento de trabajo definitivo de medidas organizativas y procesales del plan de choque para la Administración de Justicia tras el estado de alarma, y una de las medidas propuestas en el bloque social, que ha sido trasladado al Ministerio de justicia, recogida en la ficha 6.4 propone la anticipación por el FOGASA de la opción por la extinción contractual sin que se devenguen salarios de tramitación (modificación del art. 110.1.a) de la LRJS) interesando que se adicione al art. 110.1. a) LRJS el siguiente párrafo “Si el empresario titular de la opción no comparece y constare no ser realizable la readmisión, el Fondo de Garantía Salarial podrá optar por la indemnización, en cuyo caso no se devengarán salarios de tramitación. Si la indicada opción fuera ejercitada tanto por el trabajador como por Fondo de Garantía Salarial, se concederá prioridad a la de este organismo”.*
16. ^ *La introducción de la contestación escrita en el proceso laboral es cuestión polémica al romper principios esenciales del proceso social. Sin embargo, la gestión procesal ante el volumen de litigiosidad y de insuficiencia de planta judicial, la contestación escrita presenta indudables ventajas en orden a la seguridad y certidumbre que general al demanda la oposición ante la demanda y la reducción del tiempo de la vista, lo que permite incrementar señalamientos. Experiencias de éxito las hallamos en la buena acogida de la reforma hecha por Ley 42/2015, de 5 de octubre que introdujo la contestación escrita en el juicio verbal civil (art. 438.1.1 LECivil).*