

Anticipación del sentido de la opción entre readmisión o indemnización por parte del FOGASA limitándose los salarios al momento del despido: la empresa no ha comparecido al acto del juicio, se encuentra incurso en procedimiento concursal y no posee actividad alguna

STS-SOC núm. 160/2019, de 5 de marzo

José Luis Monereo Pérez

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Granada.
Presidente de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social*

Pompeyo Gabriel Ortega Lozano

*Profesor Ayudante Doctor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
Universidad de Granada*

*“El tiempo presente y el tiempo pasado
están quizá presentes los dos en el tiempo futuro
y el tiempo futuro contenido en el tiempo pasado
(...) Lo que podía haber sido es una abstracción
que queda como perpetua posibilidad
sólo en el mundo de la especulación”*

T. S. ELIOT^[1]

I. Introducción

Se interpone recurso de casación para unificación de doctrina por el Abogado del Estado en representación del Fondo de Garantía Salarial que impugna la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia que confirma la dictada por el Juzgado de lo Social de Vigo en la que condenaba a la empresa *Eurolinings* declarando la improcedencia del despido de los actores Humberto e Isidoro y, previa declaración de extinción del vínculo laboral que ligaba a las partes, se condenaba a la empresa demandada (*Eurolinings*) a abonar en concepto de indemnización a Humberto la cantidad de diecinueve mil quinientos veintiún euros con setenta y cuatro céntimos de euro (19.521,74 €) y a 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 y la intervención del Fondo de Garantía Salarial.

Por tanto, es la posibilidad de anticipar o no el sentido de la opción entre indemnización y readmisión por parte del FOGASA, cuando la empresa no ha comparecido al acto del juicio, se encuentra incurso en un procedimiento concursal y no posee actividad alguna, la cuestión a resolver en este recurso de casación unificador de doctrina.

II. Resolución comentada

Tipo de resolución judicial: sentencia.

Órgano judicial: Sala Cuarta del Tribunal Supremo (Pleno)

Número de resolución y fecha: STS núm. 160/2019, de 5 de marzo.

Tipo y número de recurso o procedimiento: RCUUD núm. 620/2018.

ECLI: ES:TS:2019:883

Fuente de consulta: CENDOJ

Ponente: Excmo. Sr. D. Miguel Ángel Luelmo Millán.

Votos Particulares: carece.

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

El primero de los trabajadores, Humberto, 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. El segundo de los trabajadores, Isidoro, 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. El 8 de noviembre de 2016 ambos trabajadores causaron baja por despido objetivo, decisión que fue comunicada al representante sindical de los trabajadores. Actualmente, la empresa se encuentra cerrada y sin actividad, dándose de baja ante la Seguridad Social con efectos de 11 de enero de 2017. La empresa *Eurolinings, S.L.* ha sido declarada en situación de concurso de acreedores. Ninguno de los demandantes ostenta ni ha ostentado a lo largo del año anterior al despido la representación legal de los trabajadores. Se interpuso 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 fue interpuesta el día 26 de diciembre de 2016.

Iniciado el conflicto, el Juzgado de lo Social dictó sentencia con el siguiente 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 Humberto la cantidad de diecinueve mil quinientos veintidós 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"*. La citada sentencia fue recurrida en suplicación ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia la cual dictó sentencia desestimando la misma^[2]. Ante la desestimación de la petición se interpone ahora recurso de casación para unificación

de doctrina que se resuelve con la sentencia del Tribunal Supremo que hoy se comenta.

IV. Posiciones de las partes

Mediante el presente procedimiento se aborda la cuestión, en el marco de dos despidos objetivos por cierre de la empresa, de la responsabilidad del Fondo de Garantía Salarial (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. Como decíamos, se trata en este caso de una empresa declarada en concurso de acreedores que no asistió a juicio, donde su administradora (la administradora del concurso) fue citada juntamente con el Fondo de Garantía Salarial (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”*. Se recurre en suplicación cuya sentencia es desestimada confirmándose la resolución recurrida por entenderse 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 Fondo de Garantía Salarial (FOGASA) formula contra dicho pronunciamiento recurso de casación para la unificación de doctrina citando de contradicción la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Sevilla de 1 de febrero de 2017^[3] 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). El Ministerio Fiscal informa que debe estimarse el recurso interpuesto.

V. Normativa aplicable al caso

Para una correcta comprensión de la materia que se debate reproducimos a continuación los preceptos que han de ser tenidos en cuenta para resolver la cuestión problemática. En primer término, interesa destacar, como cuestión procesal, el art. 219.1 LRJS referido a la interposición del recurso de casación para la unificación de doctrina. 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.

Establece el art. 110.1.a) LRJS lo siguiente: *“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”*.

El art. 23 LRJS, en referencia a la intervención del Fondo de Garantía Salarial (FOGASA), establece lo que sigue: *“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”.

Por último, el art. 33 ET, sobre el Fondo de Garantía Salarial (FOGASA), dispone lo siguiente: “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. [...] 3. En caso de procedimientos concursales, desde el momento en que se tenga conocimiento de la existencia de créditos laborales o se presuma la posibilidad de su existencia, el juez, de oficio o a instancia de parte, citará al Fondo de Garantía Salarial, sin cuyo requisito no asumirá estas las obligaciones señaladas en los apartados anteriores. El Fondo se personará en el expediente como responsable legal subsidiario del pago de los citados créditos, pudiendo instar lo que a su derecho convenga y sin perjuicio de que, una vez realizado, continúe como acreedor en el expediente. A los efectos del abono por el Fondo de las cantidades que resulten reconocidas a favor de los trabajadores, se tendrán en cuenta las reglas siguientes: Primera. Sin perjuicio de los supuestos de responsabilidad directa del organismo en los casos legalmente establecidos, el reconocimiento del derecho a la prestación exigirá que los créditos de los trabajadores aparezcan incluidos en la lista de acreedores o, en su caso, reconocidos como deudas de la masa por el órgano del concurso competente para ello en cuantía igual o superior a la que se solicita del Fondo, sin perjuicio de la obligación de aquellos de reducir su solicitud o de reembolsar al Fondo la cantidad que corresponda cuando la cuantía reconocida en la lista definitiva fuese inferior a la solicitada o a la ya percibida. Segunda. Las indemnizaciones a abonar a cargo del Fondo, con independencia de lo que se pueda pactar en el proceso concursal, se calcularán sobre la base de veinte días por año de servicio, con el límite máximo de una anualidad, sin que el salario diario, base del cálculo, pueda exceder del doble del salario mínimo interprofesional, incluyendo la parte proporcional de las pagas extraordinarias. Tercera. En el supuesto de que los trabajadores perceptores de estas indemnizaciones solicitaran del Fondo el abono de la parte de indemnización no satisfecha por el empresario, el límite de la prestación indemnizatoria a cargo del Fondo se reducirá en la cantidad ya percibida por aquellos”.

VI. Doctrina básica

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 núm. 2 se prevé como una de tales fuentes las “cantidades obtenidas por subrogación” de dicho organismo concretada antes en el art. 2.4 cuando dice 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.

El FOGASA, como organismo autónomo adscrito al M.º de Empleo y Seguridad Social, tal y como establece la ley (art. 33.1 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 CE, 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 art. 23.3 LRJS manifiesta 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) 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 último 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 (erróneamente) 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”^[4], 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.

Específicamente establece la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia hoy recurrida lo siguiente: “el art. 110.1.a) que establece esta posibilidad de anticipar la opción del art. 56 ET, sólo concede la misma al empresario sin que sea posible extender tal derecho al Fondo de Garantía Salarial que carece de tal condición”. “No hay motivo que permita para el caso del supuesto de la letra a) de la misma norma, que se amplíe la titularidad de la opción anticipada concedida al empleador en favor del FOGASA, que es ajeno a la relación de trabajo”.

Sin embargo, para el Tribunal Supremo, del mismo modo y por cuanto se ha razonado hasta ahora, hay que rechazar el argumento de la sentencia del Tribunal Superior de Justicia 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 de lo Social del Tribunal Supremo 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 art. 33 ET. No obstante, esta posición está extraordinariamente reforzada en el aspecto procesal, como se indica en el referido art. 23 ET y concordantes. En atención a ello, especialmente porque el art. 23.2 autoriza al FOGASA a instar en el proceso “*lo que convenga en Derecho*”, la Sala de Tribunal Supremo 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:

- 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 art. 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 tercer lugar, 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 (FOGASA) 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 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^[5], que asimismo propone el M.º Fiscal, lo que lleva a la estimación del recurso con revocación de la sentencia recurrida y, en este exclusivo punto, la de instancia que confirma. En suma, el Tribunal Supremo casa y anula 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.

VII. Parte dispositiva

A la vista de las líneas argumentales sentadas, la sentencia del Tribunal Supremo estima el recurso de casación para la unificación de doctrina declarando que el FOGASA puede anticipar dicha opción entre readmisión o indemnización cuando, como ocurre en este caso, la empresa se encuentra imposibilitada de readmitir al trabajador por su cierre y por las demás circunstancias enumeradas, como son: la empresa no ha comparecido; se encuentra en procedimiento concursal habiendo cerrado sus actividades; el titular de la opción la hubiera tenido el empresario; y el FOGASA ha comparecido en el procedimiento en el momento de efectuar la opción.

VIII. Pasajes decisivos

En el antepenúltimo párrafo del fundamento jurídico tercero, la sentencia considera factible que el FOGASA pueda ejercitar el derecho de opción con efectos plenos en casos en los que concurren las siguientes circunstancias: *“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”*.

IX. Comentario

Una lógica consecuencia de justicia obliga a que el trabajador recupere los salarios dejados de percibir desde que se ejecutó el despido ilícito^[6]. Desde la entrada en vigor del art. 1584 del Código Civil se obliga al “patrono” (empleador) o empresario –“amo” en terminología del citado artículo– al pago de los salarios dejados de percibir a causa del despido injusto. Es el Decreto de 26 de octubre de 1956 quién configura lo que hoy denominamos salarios de tramitación^[7], no como verdadero salario (ante todo en el marco del despido improcedente), sino como una indemnización de igual cuantía que la de los salarios dejados de percibir. Se refiere a ello el art. 5.c) del citado texto cuando establece lo siguiente: *“en todos los casos en que se declare el despido improcedente, concederá al trabajador que hubiese sido despedido una indemnización complementaria equivalente al importe de los jornales que hubiere devengado durante la sustanciación del procedimiento”*.

Sobre la facultad de opción que ejercita el Fondo de Garantía Salarial, es la que se concede, con carácter general, en el art. 110 LRJS, en plena vinculación con el art. 56 ET, consistente en la elección entre la readmisión del trabajador con el pago de los salarios de tramitación o el abono de una indemnización, que determinará la extinción del contrato de trabajo que se entenderá producida en la fecha del cese efectivo en el trabajo, y que se calculará hasta esa fecha. Al hilo de lo comentado, es el propio art. 110.1.a) LRJS quién establece 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”*.

En consecuencia, habiendo optado el Fondo de Garantía Salarial en el acto del juicio por el abono de la indemnización, FOGASA que actúa como subrogado en lugar de la empresa, tal elección debe poseer efectos plenos, con mayor razón cuando es inexistente cualquier posibilidad real y efectiva de readmisión de los trabajadores al concurrir las circunstancias ya señaladas, con mayor motivo cuando el propio FOGASA se encuentra velando por los intereses públicos cuya defensa tiene asignada.

Además, no es factible que el FOGASA pueda ejercer el derecho de opción como si de la propia empresa se tratara y, sin embargo, incrementar la indemnización de la que deba responder computando la misma hasta la fecha de la sentencia. En otros términos, no puede el empresario pagar una indemnización inferior cuando opta por la extinción de la relación laboral, y el FOGASA otra indemnización superior cuando lo que posee es una responsabilidad subsidiaria por insolvencia del primero (es un garante subsidiario); por tanto, no puede incrementarse la indemnización del FOGASA computándola hasta la fecha de la sentencia y haciéndole de peor derecho que a la empresa empleadora.

En suma, la extinción del contrato ha de entenderse producida en la fecha del cese efectivo en el trabajo por el despido por circunstancias objetivas, calculándose hasta esa fecha, sin que proceda, en consecuencia, la condena al abono de salarios de tramitación, que sólo se devengan en los supuestos que la empresa opte por la readmisión, opción que se ve favorecida con el hecho de que la empresa esté desaparecida, incrementando injustificadamente las prestaciones sobre las que debe responder el Fondo de Garantía Salarial^[8].

Por otro lado, sobre la naturaleza jurídica de los salarios de tramitación –salarial o indemnizatoria– se poseen fundamentos suficientes para sostener la naturaleza tanto indemnizatoria como salarial de los mismos^[9]. La naturaleza jurídica de tales percepciones es controvertida: diversos autores abogan por su carácter salarial (nítidamente en el marco del despido nulo, en cuyo ámbito las propias normas aplicables hacen referencia a los salarios dejados de percibir y procede la readmisión inmediata del trabajador con efectos “*ex tunc*”; art. 55. 6 ET)^[10], otros por su carácter indemnizatorio^[11]. Aunque no faltaban resoluciones judiciales que se inclinaban por su naturaleza salarial, el Tribunal Supremo ha considerado, en general, que poseen naturaleza indemnizatoria: “*la figura de los salarios de tramitación o salarios de trámite tiene una evidente y clara naturaleza indemnizatoria*”^[12]. Se pretende compensar al trabajador del perjuicio que para él se deriva de este hecho: “*no percibir retribución alguna desde la fecha de tal despido y durante la sustanciación del proceso correspondiente*”^[13]. No obstante, puede localizarse jurisprudencia titubeante sobre la naturaleza de los salarios de tramitación: en algunas sentencias, el Tribunal Supremo se ha inclinado por conceder a los salarios de tramitación carácter salarial^[14], pero sin imponer esta tesis con la unidad de su doctrina pues han seguido dictándose otras sentencias en las que se admite la naturaleza indemnizatoria^[15].

A nuestro juicio, tales salarios de tramitación son estrictamente percepciones económicas de naturaleza salarial, ante todo cuando se trata de un despido nulo. Profundizando en materia, es fundamental hacer referencia a la reforma laboral del año 2012, que abolió los salarios de tramitación en despidos improcedentes en los que se opte por la extinción indemnizada del contrato de trabajo. Así, la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, ha suprimido los salarios de tramitación cuando en el despido no procedente, se opte por la indemnización y no por la readmisión del trabajador en la empresa –lo que supone una importante consideración para respaldar, una vez más, la naturaleza salarial y no indemnizatoria de los salarios de tramitación–. Además, no existe discriminación inconstitucional contraria al art. 14 CE entre trabajadores con despido nulo o improcedente con readmisión –que sí cobran salarios de tramitación– y trabajadores despedidos improcedentemente sin readmisión –que no cobran salarios de tramitación– pues quiebra el presupuesto de igualdad sustancial entre los contratados^[16].

Por otro lado, para el descuento de los salarios de tramitación el art. 56.2 ET exige la concurrencia de dos requisitos: que el trabajador hubiera encontrado otro empleo y que sea el empresario quién acredite la existencia de remuneraciones económicas a favor del trabajador despedido. Al hilo de lo anterior, se revelan proposiciones doctrinales contrarias a entender que deban restarse los salarios de un nuevo empleo de los salarios de tramitación del trabajador despedido. Estos

planteamientos, desde luego, presentan un evidente acierto, pues si bien es cierto que estamos ante el cobro de dos rentas, éstas se deben por títulos jurídicos diferentes, sin que ninguno de los dos sea injusto. Es más, si hay una verdadera situación que favorezca al empleador, esa es la de que, pese a su actuación ilícita, el legislador decide compensarle deduciendo de los salarios de tramitación la diligencia del trabajador en buscar un nuevo empleo^[17]. Lo anterior lo volvemos a conectar con la percepción indemnizatoria de los salarios de tramitación que la jurisprudencia defiende: en efecto, si para la doctrina judicial los salarios de tramitación poseen carácter indemnizatorio y no salarial –como nosotros estimamos–, ¿por qué el salario obtenido por otra actividad –propia o ajena– debe descontarse de los salarios de tramitación que, reiteramos, para la jurisprudencia poseen carácter indemnizatorio?

X. Apunte final

El art. 23 LRJS establece una regulación que privilegia al Fondo de Garantía Salarial para reducir su responsabilidad en el abono de las prestaciones. En efecto, el art. 23.5 LRJS dispone que cuando el FOGASA comparezca en juicio, “*deberá alegar todos aquellos motivos de oposición que se refieran a la existencia de la relación laboral, circunstancias de la prestación, clase o extensión de la deuda o a la falta de cualquier otro requisito procesal o sustantivo. La estimación de dichas alegaciones dará lugar al pronunciamiento que corresponda al motivo de oposición alegado, según su naturaleza, y a la exclusión o reducción de la deuda, afectando a todas las partes*”. Es evidente que la finalidad del citado precepto es la de reducir la deuda que se reclama a la empresa asumiendo, el FOGASA, la propia posición de la empresa desaparecida e insolvente haciendo uso de todas las excepciones y motivos de oposición que le puedan beneficiar a efectos de conseguir una reducción de la deuda, como en el caso analizado, donde se opta por la indemnización extintiva de la relación laboral, y no por la readmisión, lo que, consecuentemente, debe descontar los salarios de tramitación de los trabajadores, con mayor razón cuando es inexistente cualquier posibilidad real y efectiva de readmisión de los trabajadores. En suma, la extinción del contrato ha de entenderse producida en la fecha del cese efectivo en el trabajo por el despido por circunstancias objetivas.

Referencias:

1. ^ ELIOT, T.S.: *Poesías reunidas, 1909-1962, Madrid, Alianza Editorial, 2002, p. 191.*
2. ^ STSJ Galicia 14 noviembre 2017 [ECLI: ES:TSJGAL:2017:6952].
3. ^ STSJ Sevilla 1 febrero 2017 [ECLI: ES:TSJAND:2017:3367].
4. ^ STSJ Galicia 14 noviembre 2017 [ECLI: ES:TSJGAL:2017:6952].
5. ^ STSJ Sevilla 1 febrero 2017 [ECLI: ES:TSJAND:2017:3367].
6. ^ MONTOYA MELGAR, A.: “*El despido improcedente y sus efectos*”, en AA. VV.: *Estudios sobre el despido disciplinario, Madrid, ACARL, 1992, p. 530.*
7. ^ Vid. MURCIA CLAVERÍA, A.: *El despido en España: una perspectiva histórica, Granada, Comares, 2014, p. 99.*
8. ^ STSJ Andalucía (Sevilla) 14 diciembre 2017 [ECLI:ES:TSJAND:2017:12125].
9. ^ *Para mayor abundamiento, vid. GORELLI HERNÁNDEZ, J.: El coste económico del despido o el precio de la arbitrariedad: un estudio sobre la eficacia del despido disciplinario ilícito, Sevilla, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, 2010, pp. 342 y ss.*

10. ^ Señaladamente, MONEREO PÉREZ, J. L. y MORENO VIDA, M^a. N.: “Despido nulo”, en MONEREO PÉREZ, J. L. (Dir.) et al: *Modalidades de extinción del contrato de trabajo: análisis de su régimen jurídico*, Granada, Comares, 2014, p. 143. GÁRATE CASTRO, J.: *Los salarios de tramitación. Un estudio de las percepciones salariales unidas a la declaración de improcedencia o nulidad del despido*, Madrid, ACARL, 1994, pp. 61 y ss.
11. ^ Entre ellos, ALONSO OLEA, M.: *El despido*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1957, pp. 174 y 175. En el mismo sentido, sucesivas ediciones de ALONSO OLEA, M. y CASAS BAAMONDE, M^a. E.: *Derecho del Trabajo*, Madrid, Civitas, 2003, *passim*. También MONTOYA MELGAR, A.: “El despido improcedente y sus efectos”, en AA. VV: *Estudios sobre el despido disciplinario*, Madrid, ACARL, 1992, pp. 530 y ss. Asimismo, GIL Y GIL, J. L.: *La prescripción de las faltas laborales*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1993, *passim*.
12. ^ De entre todas destacan las siguientes sentencias recientes: STS 20 de julio de 2017 [ECLI:ES:TS:2017:3307], STS 12 de marzo de 2013 [ECLI:ES:TS:2013:1891], STS 19 de diciembre de 2011 [ECLI:ES:TS:2011:8980].
13. ^ STS 13 de mayo de 1991 [ECLI: ES:TS:1991:2460].
14. ^ STS 7 de julio de 1994 [ECLI: ES:TS:1994:5193].
15. ^ STS 20 de julio de 2017 [ECLI:ES:TS:2017:3307] y STS 14 de marzo de 1995 [ECLI: ES:TS:1995:1498].
16. ^ Vid. SEMPERE NAVARRO, A. V.: “La permanente reforma del despido: últimos hitos”, en *Revista internacional de ciencias sociales*, núm. 32, 2013, pp. 42 y 43.
17. ^ GONZÁLEZ VELASCO, J. y VIVES USANO, M^a. P.: “Despido, segundo empleo y enriquecimiento injusto”, en *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, núm. 2, 1997, pp. 602 y ss.