

# Despido frente a empresas sin actividad

**ES FRECUENTE** encontrarnos con procedimientos por despido en los que la empleadora ha cesado su actividad a la fecha del acto de juicio, ya sea ordenada o desordenadamente. En este segundo caso, seguramente existirá una deuda salarial de mayor o menor entidad contraída con anterioridad al despido. El artículo 110 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, aprobada por Ley 36/2011, de 10 de octubre, fue novedoso respecto al anterior texto normativo procesal, en cuanto pretendía reducir los incidentes de extinción derivados de aquellas sentencias en cuya condena se incluía a una empresa en paradero desconocido y sin actividad. Esta inactividad, tanto en la explotación como en el procedimiento mismo, puede plantear al letrado en el acto de juicio una duda respecto a cómo actuar para mayor beneficio de su cliente, obteniendo una condena a su favor adicional consistente en los salarios de tramitación. El Fondo de Garantía Salarial, según lo refiere el artículo 33 del Estatuto de los Trabajadores, resulta ser el responsable subsidiario en el abono tanto de indemnizaciones por despido como de salarios no percibidos por el trabajador, pudiéndose reclamar estos últimos acumuladamente con la acción de despido o en procedimiento independiente. Los salarios de tramitación, también los cubre el Organismo con un límite máximo común de cuatro mensualidades.

El artículo 110 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, titulado "Efectos del despido disciplinario", prevé en su apartado 1, letra 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".

Por su parte, la letra b) del referido precepto, apartado 1, señala: "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 extin-

guida la relación en la propia sentencia y condenando al empresario a abonar la indemnización por despido, calculada hasta la fecha de la sentencia".

La anterior Ley de Procedimiento Laboral de 1995 no contenía esta doble previsión, cuyo ejercicio corresponde en la actualidad a las partes en la relación laboral en los procesos por despido. Y estas opciones, ya sea ejercitadas por una de ellas o por ambas en un mismo pleito, puede dar lugar a una situación cuanto menos curiosa en el segundo caso. ¿Qué ocurre, qué derecho prevalece si el trabajador solicita la extinción de su contrato con efectos de la fecha de la sentencia y el FOGASA, en el papel de la empresa ausente, anticipa que en el caso de declaración de improcedencia opta por la extinción indemnizada con efectos de la fecha del despido?

Estas son las opciones o situaciones que pueden darse en un pleito por despido en el que la empresa demandada no comparece en juicio, habiendo constancia del cese en su actividad, lo que conlleva la imposibilidad de realizar una eventual readmisión, siendo partes comparecientes exclusivamente el trabajador y el Organismo Autónomo FOGASA:

I.- FOGASA hace uso de la letra a) del apartado 1 del artículo 110 de la Ley Procesal y subrogándose en la posición de la empleadora no compareciente, opta por la indemnización del trabajador para el supuesto de que la sentencia declare la improcedencia del despido. En este caso, constando únicamente la manifestación del FOGASA, el Juez declararía el derecho a la indemnización del trabajador, previa declaración de improcedencia del despido, pero siempre con efectos de la fecha en que tuvo lugar, dándole efectos declarativos a la sentencia. Esta posibilidad de que FOGASA, no siendo titular del derecho de opción de conformidad con el tenor del precepto, pueda subrogarse en tal condición, haciendo uso o no de la prerrogativa que le otorga dicha letra a) del apartado 1 del referido precepto, ha sido confirmada por el Tribunal Supremo, en sus sentencias de 5 de marzo y 4 de abril de 2019, recursos nº

620/2018 y 4064/2017, respectivamente. Es decir, en caso de incomparecencia de la empleadora del trabajador, el FOGASA puede anticipar el sentido de la opción para el supuesto de que se declare la improcedencia del despido en sentencia. La finalidad de tal anticipación por parte del FOGASA no es otra que la de evitar un eventual futuro desembolso de prestaciones en materia de salarios. Retrotrayendo los efectos del despido a la fecha de la materialización de la extinción contractual, evita la posibilidad de que se fije una extinción posterior a la fecha de la sentencia dictada y la condena suplementaria a abonar los salarios devengados entre ambos momentos, lo que puede suponer el devengo de más de cuatro meses de salarios de tramitación.

II.- La parte demandante, con base en la letra b) del apartado 1 del reiterado artículo 110 de la Ley Procesal también invoca la declaración de extinción del contrato pero con una diferencia muy notable; la fecha de la finalización de la relación laboral se fija en la fecha de la sentencia que dicte el Magistrado, no en la que se produjo el despido, lo que conlleva una mayor cuantía indemnizatoria por ir más allá en este segundo supuesto la relación laboral en el tiempo, y el derecho accesorio a percibir los salarios de tramitación generados desde el despido impugnado hasta la fecha de la sentencia.

La sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de 4 de abril de 2019, recurso nº 4064/2017, contempla ambos supuestos de hecho en una misma causa. Y da respuesta a la cuestión que se plantea. En el supuesto que tanto FOGASA como el trabajador demandante acudan al referido artículo 110 de la Ley Procesal, ¿cuál de los dos tiene prioridad en su petición?

Es obvio que no cabe una aplicación simultánea de lo dispuesto en el precepto en un mismo procedimiento. El Alto Tribunal entiende que:

1.- El FOGASA está habilitado por la referida norma para ejercer, en sustitución del empresario que no comparece, la opción prevista en la letra a) del apartado 1 del artículo 110 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social.

2.- Esta facultad de optar del FOGASA cede ante una conducta activa del trabajador demandante, es decir, contaría con prioridad este último en el supuesto de que ambas partes ejercieran en un mismo pleito sus opciones. Dicho de otra forma, solo en el supuesto de que el trabajador no hiciera uso de la posibilidad que le brinda la letra b) del apartado 1 del meritado artículo, podría el Organismo autónomo hacer valer la opción de solicitar una sentencia que declare la extinción contractual con efectos del despido y, con ello, ahorrarse un eventual abono de sus prestaciones en concepto de salarios de tramitación.

El motivo de esta prioridad aplicativa de la opción beneficiosa para el trabajador en supuestos de ejercicio simultáneo se encuentra, según el Alto Tribunal, en que la misma es personal por concedérsela la norma de manera directa, mientras que el FOGASA tiene una opción sustitutiva de la que hubiera podido ejercer la empresa y, en consecuencia "la opción allí atribuida al trabajador -al tratarse de una previsión especial ligada a la concurrencia de unas determinadas circunstancias- es preferente respecto de la genérica opción establecida en el apartado a) de

dicho precepto atribuible al que resultare ser titular de la opción".

Como conclusión y a la vista de la doctrina contenida en las dos sentencias referidas del Alto Tribunal, en resolución de recursos interpuestos en casación para la unificación de doctrina, es posible que el FOGASA pueda ejercitar con efectos plenos la opción prevista legalmente en la letra a) del artículo 110.1 de la Ley Procesal en aquellos casos en los que concurren, simultáneamente, las siguientes circunstancias:

-Que la empresa no haya concurrido al acto de juicio.

-Que la empresa esté incurso bien en un procedimiento concursal o bien haya sido declarada insolvente o desaparecida, en todos los casos sin actividad al momento del juicio, lo que impide la readmisión.

-Que se trate de un supuesto en que el titular del derecho a la opción sea la empresa y que el FOGASA haya comparecido en el procedimiento y haya ejercido en momento adecuado tal opción.

No obstante lo anterior, la pretensión del FOGASA queda supeditada en todo caso a que el trabajador no ejerza la opción que le proporciona la letra b) del citado precepto, ya que en este último caso prevalecería la decisión del demandante y conllevaría una extinción del contrato más tardía en el tiempo y la condena en la sentencia al abono de salarios de tramitación.

VIZCAYA

## Convenio colectivo

**SAE CONTINÚA** las concentraciones en protesta por la falta de negociación del nuevo convenio del Hospital San Juan de Dios (Santurtzi).

"Seguiremos luchando por el derecho de los trabajadores a tener un convenio que les permita conocer cuáles son sus derechos y deberes con la empresa. Pero este convenio debe ser justo y realista y si la empresa se niega a negociar, continuaremos con el calendario de movilizaciones previsto", explica M<sup>a</sup> Soledad Gil, Secretaria Provincial de SAE.