

*Revista Internacional y Comparada de*

**RELACIONES  
LABORALES Y  
DERECHO  
DEL EMPLEO**

*Escuela Internacional de Alta Formación en Relaciones Laborales y de Trabajo de ADAPT*

*Comité de Gestión Editorial*

Alfredo Sánchez-Castañeda (México)

Michele Tiraboschi (Italia)

*Directores Científicos*

Mark S. Anner (Estados Unidos), Pablo Arellano Ortiz (Chile), Lance Compa (Estados Unidos), Jesús Cruz Villalón (España), Luis Enrique De la Villa Gil (España), Jordi Garcia Viña (España), Adrián Goldin (Argentina), Julio Armando Grisolia (Argentina), Óscar Hernández (Venezuela), María Patricia Kurczyn Villalobos (México), Lourdes Mella Méndez (España), Antonio Ojeda Avilés (España), Barbara Palli (Francia), Juan Raso Delgue (Uruguay), Carlos Reynoso Castillo (México), Raúl G. Saco Barrios (Perú), Alfredo Sánchez-Castañeda (México), Malcolm Sargeant (Reino Unido), Michele Tiraboschi (Italia), Anil Verma (Canada), Marcin Wujczyk (Polonia)

*Comité Evaluador*

Henar Alvarez Cuesta (España), Fernando Ballester Laguna (España), Francisco J. Barba (España), Ricardo Barona Betancourt (Colombia), Esther Carrizosa Prieto (España), M<sup>a</sup> José Cervilla Garzón (España), Juan Escribano Gutiérrez (España), Rodrigo Garcia Schwarz (Brasil), José Luis Gil y Gil (España), Sandra Goldflus (Uruguay), Djamil Tony Kahale Carrillo (España), Gabriela Mendizábal Bermúdez (México), David Montoya Medina (España), María Ascensión Morales (México), Juan Manuel Moreno Díaz (España), Pilar Núñez-Cortés Contreras (España), Eleonora G. Peliza (Argentina), Salvador Perán Quesada (España), María Salas Porras (España), José Sánchez Pérez (España), Alma Elena Rueda (México), Esperanza Macarena Sierra Benítez (España)

*Comité de Redacción*

Omar Ernesto Castro Güiza (Colombia), Maria Alejandra Chacon Ospina (Colombia), Silvia Fernández Martínez (España), Paulina Galicia (México), Noemi Monroy (México), Juan Pablo Mugnolo (Argentina), Lavinia Serrani (Italia), Carmen Solís Prieto (España), Marcela Vigna (Uruguay)

*Redactor Responsable de la Revisión final de la Revista*

Alfredo Sánchez-Castañeda (México)

*Redactor Responsable de la Gestión Digital*

Tomaso Tiraboschi (ADAPT Technologies)

# El ejercicio del derecho de opción en los despidos declarados improcedentes por parte del Fondo de Garantía Salarial

Eduardo Enrique TALÉNS VISCONTI\*

---

**RESUMEN:** Cuando el Fondo de Garantía Salarial comparece en el proceso social puede utilizar los medios de defensa que estime oportunos y ejercitar una serie de acciones. Recientemente se ha planteado la cuestión de si el Fondo de Garantía Salarial puede sustituir al titular del derecho a elegir entre la readmisión y la extinción del contrato cuando el despido se declara improcedente. El objetivo de este estudio consiste, precisamente, en analizar la respuesta que los órganos judiciales han ido dando a este reciente y conflictivo asunto.

*Palabras clave:* Fondo de Garantía Salarial, despido improcedente, salarios de tramitación, titular del derecho de opción.

**SUMARIO:** 1. Las facultades procesales del Fondo de Garantía Salarial: en especial, para poder ejercitar el derecho de opción en el caso de los despidos declarados improcedentes. 1.1. La primera tesis: la posibilidad de que el Fondo de Garantía Salarial pueda sustituir al empresario por la vía del artículo 110.1 a) LRJS. 1.2. La segunda tesis: la posibilidad de que el Fondo de Garantía Salarial pueda sustituir al trabajador por la vía del artículo 110.1 b) LRJS. 1.3. La tercera tesis: el Fondo de Garantía Salarial no puede ejercitar el derecho de opción en ningún caso. 2 La postura de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo: el Fondo de Garantía Salarial sí que puede ejercitar el derecho de opción, pero solamente en determinados casos. 3. ¿Quién prevalece cuando el Fondo de Garantía Salarial y el trabajador coincidan en el ejercicio de la opción? 4. Conclusiones. 5. Bibliografía.

---

\* Profesor Ayudante Doctor en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad de Valencia ([Eduardo.Talens@uv.es](mailto:Eduardo.Talens@uv.es)).

## The exercise of the right of option in dismissals by the Wage Guarantee Fund

---

**ABSTRACT:** When the Wage Guarantee Fund appears in the social process, it may use the defense means it deems appropriate and exercise a series of actions. Recently, the question has arisen as to whether the Wage Guarantee Fund can substitute the right holder to choose between readmission and termination of the contract when dismissal is declared inadmissible. The objective of this study is precisely to analyse the response that judicial bodies have been giving to this recent and controversial issue.

*Key Words:* Wage Guarantee Fund, unfair dismissal, procedural salary, holder of the right of option.

### **1. Las facultades procesales del Fondo de Garantía Salarial: en especial, para poder ejercitar el derecho de opción en el caso de los despidos declarados improcedentes**

El artículo 23 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social permite al Fondo de Garantía Salarial (en adelante FOGASA) intervenir en los procesos judiciales entre empresario y trabajador. Esta cuestión se prevé con una evidente amplitud, puesto que el mencionado precepto señala que el FOGASA «dispondrá de plenas facultades de actuación en el proceso» y, junto con ello, que puede «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». En el presente estudio voy a analizar, exclusivamente, una de estas facultades procesales. Se trata de la posibilidad de que el FOGASA pueda ejercitar el derecho de opción en favor de la extinción indemnizada del contrato de trabajo cuando el despido ha sido declarado improcedente. La razón que me lleva a profundizar sobre en este tema encuentra su explicación en la reciente conflictividad judicial que ha suscitado esta concreta facultad procesal ejercitada por parte del FOGASA.

Para poder comprender el alcance de esta cuestión, resulta necesario conocer cuál es la mecánica en los casos en los que el despido es declarado improcedente y, concretamente, las alternativas que existen cuando el empresario no comparece en el juicio y, además, ha cesado en su actividad. Así las cosas, tal y como se deduce de los artículos 56.1 ET y 110.1 LRJS cuando el despido es improcedente le corresponde al empresario elegir entre readmitir al trabajador o extinguir la relación laboral (abonando para ello la correspondiente indemnización). En consecuencia, no cabe duda alguna de que el titular del derecho de opción es el empresario (salvo en los supuestos en los que la persona despedida es un representante legal de los trabajadores, en cuyo caso el derecho de opción le corresponde a este). Ahora bien, cuando el empresario no comparece en el juicio y su actividad económica ha cesado pueden abrirse tres posibles escenarios:

- a) que nadie ejercite el derecho de opción, en cuyo caso el juez de lo social declarará la readmisión por ser esta la regla por defecto. Al no poderse llevar a cabo la misma – porque la empresa ha cerrado – el propio juez dictará sentencia dando por imposible la readmisión y fallará extinguiendo la relación laboral desde ese momento. En estos casos la indemnización se calculará hasta la fecha de la sentencia, devengándose asimismo salarios de tramitación;

- b) que el trabajador reaccione por la vía del artículo 110.1 b) LRJS y solicite la extinción indemnizada de su contrato al ser conocedor de su imposible readmisión. En estos casos, nuevamente, la indemnización se calculará hasta la fecha de la sentencia y, siguiendo la jurisprudencia del Tribunal Supremo, también se devengarán salarios de tramitación;
- c) que el FOGASA actúe en sustitución del empresario y, por ende, ejercite el derecho de opción a favor de la extinción indemnizada. En estos casos la indemnización se calculará hasta la fecha del despido y no hasta la sentencia y, además, no se devengarán salarios de tramitación.

Sobre esta última posibilidad podemos encontrar diversas posturas judiciales, especialmente entre los órganos de suplicación. Seguidamente analizaré las diferentes interpretaciones que se han llevado a cabo sobre el particular.

### **1.1. La primera tesis: la posibilidad de que el Fondo de Garantía Salarial pueda sustituir al empresario por la vía del artículo 110.1 a) LRJS**

Un nutrido grupo de sentencias ha considerado que el FOGASA sí que puede solicitar la extinción indemnizada del contrato de trabajo. Es el caso, entre otras, de la dictada por parte del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Sevilla, con fecha de 14 de enero de 2016<sup>1</sup>. En el citado pronunciamiento se permitió al FOGASA anticipar el derecho de opción que normalmente le corresponde al empresario de acuerdo con lo establecido por artículo 110.1 a) LRJS<sup>2</sup>. En esencia, en el citado pronunciamiento judicial se faculta al FOGASA para que manifieste su opción en favor de la extinción del contrato de trabajo en el momento de la vista oral, en cuyo caso, si se declara finalmente la improcedencia del despido, el juez hará constar en la sentencia la consecuencia jurídica escogida previamente por parte del titular de este derecho. En el supuesto de hecho resuelto por la sentencia del Tribunal andaluz la empresa no compareció en juicio y ya había cesado en su actividad, razón por la cual el FOGASA instó el ejercicio de la opción siguiendo lo preceptuado por el

<sup>1</sup> STSJ Andalucía, Sevilla, 14 enero 2016, rec. 106/2015.

<sup>2</sup> El señalado precepto dispone expresamente que en «en el acto del 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».

artículo 110.1 a) LRJS. Esta sentencia consideró que en los casos en los que el empresario no comparece y la readmisión es imposible le corresponde al órgano administrativo ejercitar el derecho de opción<sup>3</sup>. La Sala de lo Social basó su argumentación en la ampliación de las facultades reconocidas al FOGASA en el artículo 23 LRJS tras la reforma procesal del año 2011 y pone el acento, igualmente, en que dicho organismo es un fiador subsidiario que no puede obligarse a más, ni de manera más onerosa, que el deudor principal. Por estas razones, resolvió que en los casos de incomparecencia y cese de actividad del empresario el FOGASA puede sustituirle ejercitando el derecho de opción entre readmisión o indemnización, con la finalidad de evitar de este modo un reconocimiento de la extinción del contrato de trabajo en la fecha de la sentencia judicial.

El citado pronunciamiento no es para nada aislado, pues existen otros tantos que han resuelto en este mismo sentido, como es el caso de la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Galicia el día 4 de marzo de 2016, que aceptó sin ambages la posibilidad de que el FOGASA pueda ejercitar la opción en favor de la extinción indemnizada del contrato de trabajo en los casos en los que el empresario no comparece en el proceso y ha cesado en su actividad económica<sup>4</sup>.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana también ha mantenido esta tesis, pudiendo citar, entre otras, la sentencia de 18 de enero de 2018<sup>5</sup>. El supuesto de hecho fue, nuevamente, el de una empresa que ya había cerrado y no compareció en el acto del juicio, siendo que, la trabajadora afectada por el despido tampoco ejercitó acción alguna. Por lo tanto, ante la inactividad de la una y de la otra, la sentencia citada aceptó que el FOGASA pudiera ejercitar el derecho de opción<sup>6</sup>. En estos casos, el *dies ad quem* del cálculo de la indemnización se fija en la fecha del despido, a diferencia de los supuestos en los que es el trabajador el que ejercita la opción en el acto del juicio que, como ya sabemos, se sitúa en la fecha de la sentencia (tal y como ha sido reconocido por parte del Tribunal Supremo en su sentencia de 21 de julio de 2016<sup>7</sup>, seguida posteriormente por sendos pronunciamientos dictados

---

<sup>3</sup> La STSJ Andalucía rec. 106/2015, cit., se basa y acoge la tesis de una sentencia anterior, dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Murcia, de 26 junio 2014.

<sup>4</sup> STSJ Galicia 4 marzo 2016, rec. 18/2016, que cita otra de este mismo órgano de 19 enero 2015.

<sup>5</sup> Rec. 3509/2017, que sigue los precedentes expresados en las sentencias de la Sala: 13 mayo 2014, rec. 464/2014; 4 julio 2017, rec. 1063/2017, firme; 5 diciembre 2017, rec. 2743/2017.

<sup>6</sup> Se siguen precedentes de la misma Sala, que viene aceptando dicha posibilidad en las sentencias rec. 464/2014, cit., rec. 1063/2017, firme, cit., o rec. 2743/2017, cit.

<sup>7</sup> Recud. 879/2015.

los días 13 de febrero de 2018<sup>8</sup> y 4 de abril de 2018<sup>9</sup>). Sin ánimo de agotar los pronunciamientos de instancia y a título de ejemplo, simplemente me gustaría traer a colación la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social de Mieres, de 6 febrero de 2018<sup>10</sup>, que también ha sostenido esta tesis y que, en consecuencia, efectuó el cálculo de la indemnización hasta la fecha de la extinción del contrato de trabajo.

## **1.2. La segunda tesis: la posibilidad de que el Fondo de Garantía Salarial pueda sustituir al trabajador por la vía del artículo 110.1 b) LRJS**

Entre las sentencias que han admitido la actuación procesal del FOGASA en este concreto punto no parece existir consenso, puesto que algunas han negado que se pueda articular por la vía del artículo 110.1 b) LRJS, mientras que otras sí que lo han aceptado. Si recordamos brevemente el contenido del mencionado precepto, en el mismo se faculta al trabajador para que, en los casos en los que la readmisión sea imposible, solicite del juez que tenga por realizada la extinción indemnizada de su contrato<sup>11</sup>. La posibilidad de que el FOGASA pueda sustituir la opción del trabajador ha sido negada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Andalucía, con sede en Sevilla. Concretamente, puede verse esta interpretación en su sentencia de 14 de diciembre de 2017<sup>12</sup> que ha rechazado *obiter dicta* la intervención del FOGASA por esta vía porque el precepto se refiere expresamente a la parte demandante, mientras que, por su parte, el citado organismo público es un responsable subsidiario por insolvencia de la empresa, es decir, que actúa en sustitución de la parte demandada. En sentido contrario, sí que se ha permitido que el FOGASA pueda ejercitar el derecho de opción con base en el artículo 110 b) LRJS en la sentencia del Juzgado de lo Social n. 1 de Oviedo, criterio que posteriormente fue confirmado por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias, en su sentencia de fecha

---

<sup>8</sup> Recud. 2188/2015.

<sup>9</sup> Recud. 2935/2016.

<sup>10</sup> Proc. 826/2017 (JUR/2018/89244).

<sup>11</sup> Este último precepto exterioriza que «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».

<sup>12</sup> Rec. 583/2017.



30 de enero de 2018<sup>13</sup>. En la relación de hechos probados puede leerse que la sentencia de instancia declaró la improcedencia del despido y extinguió la relación de trabajo desde esa misma fecha con la condena a la respectiva indemnización y, junto con ello, a salarios de tramitación. En este supuesto particular fue el FOGASA quien, en el trámite de alegaciones correspondiente interesó la extinción de la relación laboral. Debemos de entender, aunque en la sentencia no queda perfectamente claro, que dicha opción se interesó en virtud de lo dispuesto por el artículo 110.1 b) LRJS y no por la vía del apartado a), pues de otra forma no se concibe que la relación laboral quedara extinguida en la fecha de la sentencia (y no en la de efectos del despido) y que, además, se hubiera condenado a salarios de tramitación. Por lo tanto, desde mi punto de vista, la Sala asturiana ratificó una intervención del FOGASA por la vía del apartado b) del artículo 110.1 LRJS, extremo que ha sido expresamente negado por otros pronunciamientos de suplicación, tal y como ya he anticipado con anterioridad (*vid.* STSJ de Andalucía, Sevilla). De otro lado, junto con el ejercicio de la opción por esta vía, el TSJ del Principado de Asturias confirmó la condena a salarios de tramitación siguiendo la doctrina del Tribunal Supremo fijada en su sentencia de 21 de julio de 2016, citada *supra*, que realizando una interpretación sistemática y finalista aceptó tal posibilidad.

### **1.3. La tercera tesis: el Fondo de Garantía Salarial no puede ejercitar el derecho de opción en ningún caso**

Otros pronunciamientos, en cambio, han negado, lisa y llanamente, que el FOGASA pueda optar por la extinción indemnizada del contrato de trabajo. Es el caso, por ejemplo, de dos sentencias dictadas por parte de la Sala de lo Social de las Islas Canarias, con fechas 23 de febrero de 2017<sup>14</sup> y de 10 de marzo de 2017<sup>15</sup>, respectivamente. En mi opinión, el Tribunal Superior de Justicia de las Islas Canarias lleva a cabo una interesante disertación sobre las figuras del interviniente adhesivo simple y el de naturaleza litisconsorcial, quizás con el propósito de intentar identificar si al FOGASA le asiste algún derecho sustantivo que corresponda a la parte principal del proceso, en especial, al empresario. Todo ello para concluir, finalmente, que la posición peculiar del FOGASA, que comparte algunas

---

<sup>13</sup> Rec. 2969/2017.

<sup>14</sup> Rec. 1253/2016.

<sup>15</sup> STSJ Islas Canarias, Las Palmas, 10 marzo 2017, rec. 102/2017.

notas con ambos tipos de intervención procesal, se asemeja a la de un “interviniente adhesivo atípico”. Por lo tanto, una vez situada la atipicidad de la participación del FOGASA en el proceso social, la Sala de lo Social de las Islas Canarias, con sede en Las Palmas, negó que dicho órgano pueda sustituir a las partes principales a la hora de optar por la indemnización cuando se declara la improcedencia del despido, y todo ello con base en los siguientes argumentos:

- el primero de ellos, de corte literal, porque del artículo 23.3 LRJS no se deduce directamente la facultad del FOGASA a la hora de optar entre indemnización o readmisión cuando se ha declarado la improcedencia del despido;
- el segundo de ellos, de carácter sistemático, consiste en que el señalado precepto se ubica en una ley de naturaleza procesal, por lo que cuando se refiere a las plenas facultades de actuación de este órgano administrativo se refiere a las de naturaleza procesal y no a los derechos sustantivos. En este sentido, se aduce que el FOGASA no puede disponer del objeto del proceso, en esencia, conciliar o allanarse, porque no es titular de relación jurídico-material;
- en último término, desde el punto de vista de la lógica jurídica se argumenta que no cabe reconocer al FOGASA el derecho anticipado de opción sólo para el caso de que lo escogido sea la indemnización y no se haga lo propio con la readmisión, pues según el criterio de la Sala canaria o «se ostenta la facultad de optar o no se ostenta». Por lo tanto, el TSJ con sede en Las Palmas no caben “medias tintas” y opinó que sería una interferencia ilegítima que en los casos de incomparecencia empresarial y estando la misma en activo se opte por la readmisión, pues esta será la situación más ventajosa para el FOGASA.

Lo determinante para esta tesis es que, mediante el ejercicio de este derecho de opción, que presenta unos notables efectos sustantivos, el FOGASA está participando en una decisión que, a mi modo de ver, no le incumbe. En este sentido, el hecho de que el FOGASA no aparezca mencionado a lo largo del artículo 110 LRJS es porque este órgano no es parte del contrato de trabajo. Junto con ello, el artículo 23 LRJS faculta al FOGASA para oponer «toda clase de excepciones y medios de defensa, aun los personales del demandado, y cuantos hechos obstativos, impeditivos o modificativos puedan dar lugar a la desestimación total o parcial de la demanda, así como proponer y practicar prueba e interponer toda clase de recursos contra las resoluciones interlocutorias o definitivas que se dicten». El problema radica en que la opción que corresponde al empresario a la hora de readmitir al trabajador o de abonarle la indemnización por despido improcedente, es difícil incardinarla en el

tenor literal del artículo 23.3 LRJS. La razón estriba en que la naturaleza jurídica del derecho de opción no es una “excepción” ni un “medio de defensa” del empresario, ni tampoco un «hecho obstativo, impeditivo o modificativo» que afecta a la estimación o desestimación de una demanda. No estamos, en consecuencia, ante una acción meramente procesal, sino que presenta unas consecuencias que exceden de lo meramente pecuniario, puesto que afecta a la esencia misma del vínculo contractual laboral.

## **2. La postura de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo: el Fondo de Garantía Salarial sí que puede ejercitar el derecho de opción, pero solamente en determinados casos**

Como podrá apreciarse sin demasiadas dificultades en esta breve aproximación, la doctrina judicial se encontraba extensamente dividida y sobre el particular se vertieron opiniones bastante dispares. No era de extrañar que esta cuestión llegara a manos del Tribunal Supremo. El citado órgano se reunió en Pleno para debatir esta cuestión y cerrar el debate acerca de la posibilidad que tiene el FOGASA de optar por la extinción del contrato cuando el despido es declarado improcedente. La concreta sentencia que resolvió esta cuestión fue la dictada el día 5 de marzo de 2019<sup>16</sup>, en la que, por lo demás, no se hicieron votos particulares. En resumidas cuentas, el Tribunal Supremo se alinea con el primer grupo de sentencias y considera que el FOGASA sí que puede sustituir al empresario y solicitar la extinción indemnizada en los casos de improcedencia del despido. El Tribunal Supremo tuvo en consideración la amplitud con la que está redactado el artículo 23 LRJS, así como la posición que ocupa respecto del crédito laboral, siendo un fiador subsidiario del empresario insolvente.

Ahora bien, lo verdaderamente interesante de la sentencia de 5 de marzo de 2019, en mi opinión, es que acota perfectamente el campo de actuación del FOGASA y nos dice con exactitud cuáles son las circunstancias que se tienen que dar para que se pueda ejercitar esta opción, que son las siguientes: «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

---

<sup>16</sup> Recud. 620/2018.

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». Por lo tanto, este derecho solamente podrá hacerse efectivo cuando la empresa esté cerrada y sin actividad y, además, no comparezca en el proceso. La sentencia del Pleno señala, asimismo, que el FOGASA debe de haber comparecido en el momento de efectuar la opción. Acogiéndose al tenor literal de esta última frase, algunos juzgados están dando por buena la comparecencia escrita efectuada por parte del FOGASA en el plazo de los 5 días posteriores a la sentencia, en los casos en los no se ha personado previamente en el juicio. En mi opinión, esta práctica no encuentra abrigo en la decisión del Pleno de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo. La razón de mi aseveración estriba en que el Tribunal Supremo resolvió un supuesto en el que la opción se ejercitó por la vía del artículo 110.1 a) LRJS, que posibilita a su titular a llevarla a cabo en el acto de juicio mediante expresa manifestación en tal sentido y, de este modo, que el juez la pueda reflejar en su posterior sentencia. Por este motivo, entiendo que cuando la sentencia del Pleno se refiere a que «el FOGASA haya comparecido en el procedimiento en el momento de efectuar la opción», se está refiriendo al acto del juicio. En consecuencia, analizada la cuestión desde este prisma, todo apunta a que el FOGASA tiene que acudir a la vista y que su actuación no se debe de limitar a la mera interposición de un breve escrito con posterioridad a la sentencia cuando nadie haya manifestado nada con anterioridad a ese momento. No obstante, también es cierto que el artículo 23.1 LRJS permite al FOGASA «comparecer como parte en cualquier fase o momento de su tramitación» y siempre que su intervención no «haga retroceder ni detener el curso de las actuaciones». En este sentido, el trámite de los 5 días posteriores a la sentencia que declara la improcedencia del despido entra dentro de la tramitación del proceso y, además, entiendo que no hace retroceder ni detener el curso de las actuaciones. Por este motivo, quizás sí que exista base suficiente para dar cobertura al modo de proceder acabado de señalar. Además, por esta vía se facilita el principio de economía procesal, dado que se evita un pronunciamiento posterior por parte del juez en relación con el incidente de no readmisión.

### 3. ¿Quién prevalece cuando el Fondo de Garantía Salarial y el trabajador coinciden en el ejercicio de la opción?

Lo que sí que parece dejar meridianamente claro la sentencia del Pleno Tribunal Supremo de 5 de marzo de 2019 es que el FOGASA no va a poder, en ningún caso, sustituir al trabajador por la vía del artículo 110.1 b) LRJS. Bajo este escenario, rápidamente aflora la siguiente pregunta: ¿qué es lo que pasa si FOGASA y el trabajador ejercitan simultáneamente el derecho de opción a favor de la extinción indemnizada? ¿Cuál de las dos acciones predominará?

Esta cuestión también ha llegado a manos del Tribunal Supremo, que conoció de este supuesto en su sentencia de 4 de abril de 2019<sup>17</sup>. Ahora bien, en este caso concreto el Tribunal Supremo no apreció contradicción entre la sentencia de referencia y la de contraste (lo mismo sucedió en la STS de 9 de abril de 2019<sup>18</sup>). Esto fue así porque la sentencia de contraste aportada por parte del FOGASA no resolvió un supuesto en el que el citado organismo y el trabajador optaran a la vez por la extinción. En este sentido, en la sentencia de contraste, el único que realizó el citado derecho fue el FOGASA. Por consiguiente, las sentencias aportadas resolvieron cosas distintas. No en vano, pese a la mencionada ausencia de contradicción, la STS de 4 de abril de 2019 sí que entró de una forma somera a resolver sobre el fondo del asunto. Así las cosas, en el último párrafo del fundamento de derecho tercero de la sentencia, podemos leer textualmente lo siguiente: «en efecto, en el supuesto examinado el trabajador ejercitó la opción que le correspondía de conformidad con lo establecido en el artículo 110. b) LRJS. Tal opción es preferente y prioritaria por ser personal frente a la del FOGASA que es sustitutiva de la titular inicial – la empresa – por lo que estando presentes las circunstancias que prevé el apartado b) del artículo 110 LRJS, la opción allí atribuida al trabajador – al tratarse de una previsión especial ligada a la concurrencia de unas determinadas circunstancias – es preferente respecto de la genérica opción establecida en el apartado a) de dicho precepto atribuida al que resultare ser titular de la opción». Como vemos, la STS de 4 de abril de 2019 se inclinó decididamente por la prevalencia de la opción del trabajador. Este posicionamiento nos puede dar una muestra aproximada del sentido interpretativo que podría llegar a adoptar un eventual posterior fallo, en el caso de que el FOGASA encuentre dos sentencias contradictorias en esta materia y, esta vez, el Tribunal Supremo

---

<sup>17</sup> Recud. 1865/2018

<sup>18</sup> Recud. 1988/2018.

sí que tenga que entrar a resolver sobre el fondo del asunto.

A favor de la preferencia de la opción por parte del FOGASA se puede aducir que el trabajador no es titular de este derecho y que el mismo le corresponde al empresario, a quien el citado ente administrativo sustituye. De otro lado, el artículo 110.1 b) LRJS utiliza las expresiones «solicitud de la parte demandante» y «podrá acordarse», términos muy dispares a la locución «a elección de aquél», utilizada en el primer párrafo del artículo 110.1 LRJS. De seguirse esta tesis el trabajador se situaría en un segundo plano, mientras que el FOGASA, que actúa en sustitución del titular, debería de ser tenido en cuenta en primer lugar.

Por su parte, a favor de la preferencia del trabajador se puede argumentar que este es el titular de la relación jurídico-material en liza y que, por ende, tiene el derecho a decidir por delante del FOGASA, que simplemente actúa como un mero sustituto de la decisión del empresario. Junto con ello, se puede llevar a cabo una interpretación escalonada del artículo 110 LRSJ. De esta forma, en primer lugar, la incumbe ejercitar el derecho al empresario (en los 5 días posteriores a la sentencia o anticipándolo en el acto del juicio). Si se sigue leyendo el artículo 110 LRJS le corresponde en segundo lugar al trabajador, pues aparece expresamente contemplado en el apartado b) del mencionado precepto (qué únicamente lo podrá hacer para solicitar la extinción). Solamente en caso de que ninguno de los anteriores manifieste su opción será cuando el FOGASA pueda pedir la extinción indemnizada. En último término, también se puede argumentar que en el apartado b) del artículo 110.1 LRJS se utiliza el término «si constare no ser realizable la readmisión», pero no se dice nada sobre si el empresario ha comparecido o no al juicio. Por lo tanto, siendo perfectamente posible que estando el empresario (titular de la opción) presente en la vista y, siendo clara la imposibilidad de llevarse a cabo la readmisión, el trabajador puede solicitar al juez que declare la extinción indemnizada. Por lo tanto, en el apartado b) del citado precepto no se condiciona la petición del trabajador a la comparecencia del empresario, sino única y exclusivamente que se acredite la imposibilidad de la readmisión. En mi opinión, lo que está haciendo el artículo 110.1 b) LRJS es algo parecido a trasladar la titularidad del derecho al trabajador cuando la readmisión parece imposible porque la empresa ha cerrado. Por ello, *ad maiore ad minus*, el trabajador podrá llevar a cabo este derecho de forma preferente cuando el empresario no comparece y, en cambio, sí que lo hace el FOGASA, ya que si la readmisión se da por imposible prima el derecho del trabajador. Este último me parece un argumento decisivo para poner por delante la opción ejercitada por parte del trabajador. Por esta razón, me inclino por esta segunda interpretación. En este sentido,

cuando FOGASA y trabajador coincidan solicitando la extinción indemnizada del contrato prevalecerá la postura de este último, lo que conllevará, tal y como he comentado con anterioridad, al cálculo de la indemnización hasta la fecha de la sentencia y al devengo de salarios de tramitación.

#### 4. Conclusiones

En definitiva, en los casos en los que la empresa haya cerrado y no asista al juicio, el FOGASA va a poder optar por solicitar la extinción del contrato de trabajo, puesto que la readmisión va a ser imposible. Es requisito *sin e qua non* que el empresario, en calidad de demandado, no comparezca, pues en caso contrario la titularidad del derecho será única y exclusivamente de este. El supuesto resuelto por la STS de 5 de marzo de 2019 (citada *supra*) es que la intervención del FOGASA se haga por la vía del artículo 110.1 a) LRJS, es decir, que en la vista oral se anticipe dicha preferencia. De este modo, el juez podrá tener por realizada la opción por la extinción indemnizada en la propia sentencia que declare la improcedencia del despido. Ahora bien, cabe la posibilidad de que ningún legitimado manifieste nada sobre el particular y el FOGASA ejercite este derecho en el lapso de 5 días después de dictarse sentencia (no en vano, sobre esta cuestión pueden existir algunas dudas en cuanto a su legalidad y todavía no se encuentra resuelta expresamente por parte del Tribunal Supremo). En ambos supuestos, la acción del FOGASA evitará una condena a salarios de tramitación y el cálculo de la indemnización concluirá en la fecha del despido.

Ahora bien, para que pueda articularse esta opción es necesario, también, que el trabajador no haya reaccionado por la vía del artículo 110.1 b) LRJS. La interpretación del Tribunal Supremo no permite, en ningún caso, que el FOGASA pueda suplir el derecho del trabajador a la hora de solicitar la extinción indemnizada cuando la readmisión sea de imposible cumplimiento. En estos casos, si el trabajador no dice nada, el FOGASA puede optar por la extinción (siempre y cuando la empresa no haya comparecido). Ahora bien, si el trabajador ejercita su derecho, entiendo que prevalecerá por encima de la opción del FOGASA. Así las cosas, el resultado práctico en estos casos será el de una indemnización calculada hasta la fecha de la sentencia y el devengo de salarios de tramitación.

# Red Internacional de ADAPT





**ADAPT** es una Asociación italiana sin ánimo de lucro fundada por Marco Biagi en el año 2000 para promover, desde una perspectiva internacional y comparada, estudios e investigaciones en el campo del derecho del trabajo y las relaciones laborales con el fin de fomentar una nueva forma de “hacer universidad”. Estableciendo relaciones estables e intercambios entre centros de enseñanza superior, asociaciones civiles, fundaciones, instituciones, sindicatos y empresas. En colaboración con el DEAL – Centro de Estudios Internacionales y Comparados del Departamento de Economía Marco Biagi (Universidad de Módena y Reggio Emilia, Italia), ADAPT ha promovido la institución de una Escuela de Alta formación en Relaciones Laborales y de Trabajo, hoy acreditada a nivel internacional como centro de excelencia para la investigación, el estudio y la formación en el área de las relaciones laborales y el trabajo. Informaciones adicionales en el sitio [www.adapt.it](http://www.adapt.it).

Para más informaciones sobre la Revista Electrónica y para presentar un artículo, envíe un correo a [redaccion@adaptinternacional.it](mailto:redaccion@adaptinternacional.it)



**ADAPT**Internacional.it

*Construyendo juntos el futuro del trabajo*