



Roj: **STS 2236/2023 - ECLI:ES:TS:2023:2236**

Id Cendoj: **28079140012023100336**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Social**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **18/05/2023**

Nº de Recurso: **2154/2022**

Nº de Resolución: **366/2023**

Procedimiento: **Recurso de casación para la unificación de doctrina**

Ponente: **IGNACIO GARCIA-PERROTE ESCARTIN**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Social**

#### **Sentencia núm. 366/2023**

Fecha de sentencia: 18/05/2023

Tipo de procedimiento: UNIFICACIÓN DOCTRINA

Número del procedimiento: 2154/2022

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 16/05/2023

Ponente: Excmo. Sr. D. Ignacio Garcia-Perrote Escartín

Procedencia: T.S.J.MADRID SOCIAL SEC.4

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Sagrario Plaza Golvano

Transcrito por: BAA

Nota:

UNIFICACIÓN DOCTRINA núm.: 2154/2022

Ponente: Excmo. Sr. D. Ignacio Garcia-Perrote Escartín

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Sagrario Plaza Golvano

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Social**

#### **Sentencia núm. 366/2023**

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Antonio V. Sempere Navarro

D.ª María Luz García Paredes

D. Juan Molins García-Atance

D. Ignacio Garcia-Perrote Escartín

En Madrid, a 18 de mayo de 2023.

Esta Sala ha visto el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por Doña Marisol , representada y asistida por el letrado D. Jorge Quevedo Sánchez, contra la sentencia de fecha 13 de enero de 2022 dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid en el recurso de suplicación



núm. 581/2021, formulado frente a la sentencia de fecha 6 de mayo de 2021, dictada en autos 884/2020 por el Juzgado de lo Social núm. 3 de Madrid, seguidos a instancia de dicha recurrente, contra Las Hadas de Torrelodones, sobre despido nulo o subsidiariamente improcedente y reclamación de cantidad.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Ignacio Garcia-Perrote Escartín.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** Con fecha 6 de mayo de 2021, el Juzgado de lo Social núm. 3 de Madrid, dictó sentencia cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: "FALLO: ESTIMAR PARCIALMENTE la demanda promovida por doña Marisol frente a LAS HADAS DE TORRELODONES, SL DECLARANDO LA PROCEDENCIA DEL DESPIDO, desestimando la acción de despido y acogiendo la acción de reclamación de cantidad y, en consecuencia, acordando condenar a la empresa demandada a abonar a la actora la cantidad de 8.660,91 euros en concepto de indemnización por causas objetivas y la de 182,08 € en concepto de vacaciones devengadas y no satisfechas.

Se establece la responsabilidad subsidiaria del Fogasa para el supuesto de insolvencia".

En dicha sentencia se declararon probados los siguientes hechos:

1º.- Doña Marisol ha venido prestando servicios por cuenta de la empresa demandada, Las hadas de Torrelodones S.L., con antigüedad reconocida de 29 de agosto de 2008, encuadrada en la categoría profesional de Educador I, devengando un salario de 1.094,08 euros mensuales con inclusión de prorrata de pagas extraordinarias.

2º.- La demandante realizaba una jornada completa en horario de 8:30 a 17:30 horas de lunes a viernes (descansando / hora para comer).

3º.- El convenio colectivo de aplicación es el de Asistencia y Educación Infantil, publicado en el BOE de 26 de Julio 2019.

4º.- En fecha 15 de junio de 2020, mediante Burofax la empresa comunica a la demandante su decisión de poner fin a la relación laboral, con efectos del 30 de junio 2020, al amparo de lo establecido en el art. 51 del Estatuto de los trabajadores, alegando lo siguiente:

"Estimada Sra.:

Por medio de la presente ponemos en su conocimiento que, al amparo de lo dispuesto en el artículo 49.1 del Estatuto de los Trabajadores, esta empresa ha decidido proceder a la extinción de su contrato de trabajo por cese de la actividad, disolución y liquidación empresarial, en relación a lo establecido en el apartado I. del artículo 51 del mismo texto legal.

La sociedad en el desarrollo de su objeto social que es la "Impartición de enseñanzas regladas, de forma privada o concertada, de cualquier nivel educativo", imparte su actividad como Escuela Infantil-Guardería.

Las razones que fundamentan la extinción de su contrato de trabajo son el cese de la actividad de la compañía y disolución y liquidación de la misma, acordado por Junta General de Socios celebrada con fecha 12 de junio de 2020 por el que se aprueba por unanimidad el siguiente Acuerdo: "El cese de actividad por pérdidas sociales y la solicitud de declaración de concurso para la liquidación de la compañía por falta de masa activa, como forma de disolución y liquidación de la compañía.

Conforme a lo previsto en el artículo 363.1 e) del RD Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, procede la disolución de la sociedad por pérdidas que dejan reducido el patrimonio neto a una cantidad inferior a la mitad del capital social, a no ser que éste se aumente o se reduzca en lo medida suficiente, y siempre que no sea procedente solicitar la declaración de concurso.

Hasta la fecha, la situación de desequilibrio patrimonial se ha venido solventando con aportaciones no reintegrables y/o subordinadas de los socios. Sin embargo, en la actualidad, la crisis sanitaria derivada del COVID'19 y el cierre de las actividades que son propias de la empresa durante más de tres meses en mitad del curso escolar, así como la indeterminación de la situación para la apertura del próximo año escolar hacen inviable la continuidad económica de lo compañía, por lo que se acuerda el cese de actividad de la empresa, y la consecuente resolución y/o extinción de las diversas relaciones jurídicas que le son de aplicación con terceros proveedores, clientes, trabajadores y administraciones públicas, en su caso.

No obstante lo anterior, y al margen de créditos subordinados, la sociedad tiene más de un acreedor por lo que no resulta posible lo adopción del acuerdo directo de disolución conforme al artículo 363.1 e) señalado, ni por la vía del artículo 368 del mismo texto sino que, hallándose incurso en el presupuesto objetivo del artículo 2



de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, y dentro de los plazos previstos en el artículos del mismo precepto, procede y así se acuerda la solicitud de declaración de concurso voluntario con la expresa solicitud de la declaración del concurso v de conclusión del mismo en el mismo acto y desde el inicio por falta de bienes suficientes para atender todas sus deudas."

Sin perjuicio de acreditar estas circunstancias en el momento oportuno, acompañamos a la presente certificación del Acta de la Junta General de Socios de fecha 12 de Junio de 2020, e igualmente le comunicamos que en el domicilio social de esta empresa se encuentran a su disposición, a los efectos de su análisis, toda la documentación Justificativa de los acuerdos sociales adoptados.

Por todo ello, y en base a las causas expresadas con anterioridad, por medio del presente escrito le comunicamos la extinción de su contrato de trabajo por cese de la actividad de la compañía, disolución y solicitud de declaración de concurso de acreedores para la liquidación de la misma cierre empresarial, y en este sentido, y al objeto de cumplir con las prevenciones establecidas legalmente en relación a los despidos por causas objetivas se le pone de manifiesto que:

La extinción de su contrato de trabajo tendrá efectos a partir del día 30 de Junio de 2.020, otorgándole los 15 días de preaviso legalmente establecidos.

Que, igualmente, y de conformidad con el apartado b) del núm. 1 del art. 53 del Estatuto de los Trabajadores le manifestamos que como consecuencia de la situación económica puesta de manifiesto en la presente carta de despido, que motiva el cese, disolución y liquidación de la empresa y ante la ausencia de liquidez y tesorería de la compañía, la indemnización legalmente prevenida de veinte días por año de servicio, que asciende a la cantidad de OCHO MIL SEISCIENTOS SESENTA EUROS CON NOVENTA Y UN CENTIMOS (8.660,91.-euros), y de conformidad a lo prevenido en el artículo 53.1 del Estatuto de los Trabajadores, le indicamos que no nos resulta posible poner a su disposición en este momento dicha indemnización.

Que de conformidad con lo establecido en el apartado 2) del artículo 53 del Estatuto de los Trabajadores. Usted tiene derecho sin pérdida de retribución a una licencia de seis horas semanales con el fin de buscar nuevo empleo.

Sin otro particular, lamentando la decisión adoptada y agradeciéndole los servicios prestados para esta mercantil".

5°. En la misma carta se hace mención a que, al amparo del art. 53. l b) del ET, y como consecuencia de la falta de Liquidez y tesorería no se puede poner a disposición del trabajador la indemnización que la empresa cuantifica en 8660,91€.

6°- La demandante estuvo afectada por expediente de regulación temporal de empleo por el periodo comprendido entre el día 11 de marzo de 2020 y el 30 de Junio de 2020.

7°- Se ha formalizado la baja de la empresa ante la Tesorería General de la Seguridad Social en fecha de 30 de Junio de 2020.

8°. - La empresa no ha abonado a la trabajadora los 5.75 días de vacaciones devengados.

9°.- La demandante no ostenta ni ha ostentado la condición de Delegado de Personal o miembro del Comité de Empresa.

10°.- Se ha presentado papeleta de conciliación en fecha de 18 de Julio de 2020 ante el servicio de mediación arbitraje y conciliación."

**SEGUNDO.-** Interpuesto recurso de suplicación contra la anterior resolución, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, dictó sentencia con fecha 13 de enero de 2022, en la que consta la siguiente parte dispositiva: "FALLAMOS: Que desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por la representación letrada de Marisol contra la sentencia de fecha 6 de mayo de 2021 dictada por el Juzgado de lo Social nº 3 de Madrid, en autos no 884/2020, seguidos a instancia de Marisol contra LAS HADAS DE TORRELODONES SL y FONDO DE GARANTÍA SALARIAL, en reclamación por DESPIDO y CANTIDAD, confirmando la misma".

**TERCERO.-** Contra la sentencia dictada en suplicación, se formalizó, por la representación procesal de Doña Marisol, el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, alegando la contradicción existente entre la sentencia recurrida y la dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid de fecha 2 de noviembre de 2021, rec. 494/2021.

**CUARTO.-** En Providencia de fecha 20 de enero de 2023 se admitió a trámite el presente recurso.



**QUINTO.**- No habiéndose personado la parte recurrida, no obstante haber sido emplazada en forma, pasó todo lo actuado al Ministerio Fiscal para informe, dictaminando en el sentido de considerar que el recurso debe ser desestimado. Instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos.

**SEXTO.**- Por Providencia de fecha 23 de marzo de 2023, se señaló para votación y fallo del presente recurso el día 16 de mayo de 2023.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### PRIMERO.-La cuestión planteada y la sentencia recurrida.

1. La cuestión que plantea el presente recurso de casación para la unificación de doctrina es si la incomparecencia de la empresa al acto del juicio conduce necesariamente a tener que calificar de improcedente la extinción del contrato de trabajo por cese de la actividad, disolución y liquidación empresarial.

2. La trabajadora ahora recurrente en casación unificadora venía prestando servicios para la demandada Las Hadas de Torrelozanes, S.L., dedicada a la actividad de enseñanza, desde el 29 de agosto de 2008 con la categoría de educador I.

El 15 de junio de 2020 y al amparo del artículo 49.1 ET, se le comunicó la extinción de su contrato de trabajo por cese de la actividad, disolución y liquidación de la empresa, en relación con lo establecido en el artículo 51.1 del ET, con efectos de 30 de junio de 2020. Invocando el artículo 53.1 b) ET, la empresa no abonó a la trabajadora la indemnización pertinente, por falta de liquidez.

La actora estuvo afectada por un expediente de regulación temporal de empleo desde el 11 de marzo de 2020 al 30 de junio de 2020.

3. La trabajadora interpuso demanda solicitando la nulidad de la extinción de su contrato de trabajo y subsidiariamente la improcedencia. Se acumuló una acción de reclamación de cantidad por vacaciones devengadas y no disfrutadas.

La sentencia del Juzgado de lo Social núm. 3 de Madrid 189/2021, 6 de mayo de 2021, estimó parcialmente la demanda de la trabajadora. Concretamente, desestimó la acción de despido y declaró su procedencia, y estimó la reclamación de cantidad, condenando a la empresa a abonar a la trabajadora la cantidad de 8.660,91 euros en concepto de indemnización por causas objetivas y 182,08 euros en concepto de vacaciones devengadas y no disfrutadas.

4. La trabajadora interpuso recurso de suplicación contra la sentencia del juzgado de lo social.

La sentencia de la sala de lo social del Tribunal Superior (TSJ) de Justicia de Madrid 27/2022, 13 de enero de 2022 (rec. 581/2021), desestimó el recurso.

En su recurso de suplicación y en lo que aquí interesa mencionar, la trabajadora alegó, en primer lugar, que la extinción del contrato debía declararse nula por ser contraria a lo dispuesto en el artículo 2.1 del Real Decreto-ley 9/2020, de 27 de marzo, por el que se adoptan medidas complementarias, en el ámbito laboral, para paliar los efectos derivados del Covid-19.

El motivo se desestima por el TSJ porque la extinción del contrato de trabajo se basaba en el cese de actividad, disolución y liquidación de la empresa.

Con carácter subsidiario, la trabajadora alegó la infracción del artículo 53 ET, en relación con los artículos 105 y 122.3 y el artículo 6.4 del Código Civil (CC), solicitando la declaración de improcedencia del despido por falta de acreditación de las causas de despido, dada la incomparecencia de la empresa al acto de juicio.

El TSJ, tras remitirse a lo recogido en el artículo 23 LRJS sobre la intervención del Fogasa, razona que el Fogasa sí compareció al acto de juicio y alegó que la empresa estaba cerrada, por lo que la readmisión era imposible al carecer la empresa de actividad. El TSJ razona, asimismo, que, aunque no compareció la empresa al acto del juicio, el juzgador de instancia tuvo por acreditadas tanto la falta de liquidez empresarial como la subsistencia de las causas que dieron lugar al expediente de regulación temporal de empleo. Todo lo cual conduce al TSJ a confirmar la sentencia de instancia que declaró la procedencia del despido.

### SEGUNDO. El recurso de casación para la unificación de doctrina, el informe del Ministerio Fiscal y el examen de la contradicción.

1. La trabajadora ha interpuesto recurso de casación para la unificación de doctrina contra la sentencia de la sala de lo social del TSJ de Madrid 27/2022, 13 de enero de 2022 (rec. 581/2021).



El recurso invoca de contraste la sentencia de la sala de lo social del TSJ de Madrid 689/2021, 2 de noviembre de 2021 (rec. 494/2021), y denuncia la infracción del artículo 53 ET, en relación con los artículos 105 y 122.3 y el artículo 6.4 CC.

El recurso menciona también el artículo 2 del ya citado Real Decreto-ley 9/2020, de 27 de marzo, y los artículos 22 y 23 del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del Covid-19. Pero como señala el Ministerio Fiscal, nada se fundamenta, ni nada más se dice en el recurso sobre la supuesta infracción de los reales decretos leyes mencionados. De hecho, el recurso de casación unificadora se limita a sostener la declaración de improcedencia del despido por la incomparecencia de la empresa al acto del juicio.

El recurso solicita la casación y anulación de la sentencia recurrida y que se dicte nueva sentencia por la que se estime íntegramente la demanda rectora del procedimiento. No obstante, debemos insistir en que el recurso de casación para la unificación de doctrina se circunscribe a razonar la improcedencia del despido por la incomparecencia de la entidad empleadora al acto del juicio.

2. La empresa no se ha personado en el presente recurso de casación unificadora.

3. El Ministerio Fiscal interesa en su informe la desestimación del recurso.

4. Apreciamos la existencia de contradicción entre la sentencia recurrida y la sentencia invocada de contraste: la sentencia de la sala de lo social del TSJ de Madrid 689/2021, 2 de noviembre de 2021 (rec. 494/2021).

Esta sentencia, con estimación parcial del recurso de la trabajadora, declara la improcedencia del despido impugnado.

En el supuesto de la sentencia referencial, la trabajadora prestaba servicios también para la demandada Las Hadas de Torrelodones SL, con la categoría -en este caso- de cocinera desde el 7 de septiembre de 2005 y fue despedida por las mismas causas que la recurrente en el actual recurso de casación unificadora, igualmente con efectos de 30 de junio de 2020.

La trabajadora de la sentencia de contraste también estuvo afectada por el expediente temporal de regulación de empleo desde el 11 de marzo de 2020 al 30 de junio de 2020.

En el recurso de suplicación de la sentencia referencial se debatió, asimismo, si el despido debía calificarse de nulo, por aplicación del artículo 2 del Real Decreto-ley 9/2020, o, por el contrario, de improcedente. La sentencia de contraste descarta, por remisión a sentencia previa, calificar de nula la extinción, pero, teniendo en cuenta que la empresa no compareció al acto de juicio, por lo que entiende que no acreditó las causas de la extinción, califica la extinción de improcedente. Consta también en la sentencia referencial que el Fogasa compareció al acto de juicio y que ejerció la opción a favor de la indemnización.

Según hemos anticipado, debe apreciarse la existencia de contradicción entre las sentencias comparadas.

En efecto, se trata de las mismas pretensiones impugnatorias de extinciones contractuales fundadas en las mismas causas de trabajadoras de la misma empresa. Es asimismo idéntica la cuestión debatida, esto es, si, a pesar de la incomparecencia de la empresa al acto de juicio, pueden o no tenerse por acreditadas las causas de la extinción. Y, con estas semejanzas, los pronunciamientos son dispares, pues en el caso de la sentencia recurrida la extinción se califica de procedente y en el de la de contraste, por el contrario, de improcedente.

**TERCERO. La incomparecencia de la empresa al acto del juicio y la calificación de la extinción del contrato de trabajo por cese de la actividad, disolución y liquidación empresarial.**

1. Como hemos anticipado, la cuestión que tenemos que resolver es si, como sostiene el recurso de casación unificadora, la incomparecencia de la empresa demandada al acto del juicio tiene que conducir necesariamente a calificar de improcedente la extinción del contrato de trabajo por cese de la actividad, disolución y liquidación empresarial, al entender el recurso que en tal caso no se pueden dar por probadas las causas de la extinción.

Ya hemos recordado también que el contrato de trabajo de la trabajadora recurrente fue extinguido por la empresa, al amparo del artículo 49.1 ET, por cese de la actividad, disolución y liquidación de la empresa, en relación con lo establecido en el artículo 51.1 del ET. La carta en la que la empresa comunicó a la trabajadora la extinción contractual, recogida en el hecho probado 4º, mencionaba que la Junta General de Socios había acordado por unanimidad el referido cese de la actividad. La carta mencionaba que la crisis sanitaria derivada del Covid-19 y el cierre de las actividades que son propias de la empresa durante más de la mitad de tres meses del curso escolar, así como la indeterminación de la situación para la apertura del próximo año escolar, hacían inviable la continuidad de la empresa, por lo que se acordaba el cese de actividad.



Finalmente, también hemos recogido que, tras mencionar el artículo 23 LRJS ("intervención del Fondo de Garantía Salarial"), la sentencia recurrida tiene en cuenta que el Fogasa intervino en el acto del juicio, manifestando que la empresa se encontraba cerrada y que no era posible la readmisión por carecer la empresa de actividad. Igualmente tiene en cuenta la sentencia recurrida lo que entiende es la conclusión alcanzada por el juzgador de instancia, en el sentido de que subsistían las causas que dieron lugar al expediente de regulación temporal de empleo, que da por acreditadas, así como la falta de liquidez. La sentencia recurrida entiende que se trata de hechos no controvertidos, por lo que considera que la decisión de instancia es ajustada a derecho.

2. En el presente supuesto, nos encontramos, así, en primer lugar, ante la extinción de un contrato de trabajo que es consecuencia de un cese de la actividad, disolución y liquidación de la empresa, acordada por la Junta General de Socios, mencionándose en la comunicación empresarial de aquella extinción la crisis sanitaria del Covid-19, el cierre de la empresa durante varios meses del curso escolar y la incertidumbre que existía sobre el próximo año escolar.

No está de más que recordemos, y sin que proceda realiza aquí mayores precisiones, que, de conformidad con nuestra jurisprudencia, la extinción de la personalidad jurídica del contratante, prevista como causa de extinción del contrato de trabajo en el artículo 49.1 g) ET, es una causa extintiva autónoma que requiere la concurrencia de los requisitos que se exponen en las sentencias que se citan en el siguiente párrafo. La remisión que el artículo 49.1 g) ET hace al artículo 51 ET es al procedimiento, no a la causa, pues la causa del artículo 49.1 g) ET es autónoma respecto de las del artículo 51 ET, sin perjuicio de que esa causa autónoma deba concurrir con los requisitos referidos.

Remitimos a las SSTs 616/2017, de 12 de julio (rec. 32/2017), y 829/2017, de 24 de octubre (rec. 107/2017). En caso de no superarse los umbrales del artículo 51.1 ET, habrá que recurrir al despido objetivo individual ( STS 477/2022, de 22 de mayo, rcud 257/2021, y las por ella citadas).

Debe tenerse en cuenta, en segundo lugar, que, de conformidad con lo que le permite hacer el artículo 23 LRJS, el Fogasa compareció e intervino en el juicio. Ciertamente lo hizo para que los salarios de tramitación quedaran limitados a la fecha la extinción del contrato de trabajo ( artículo 110.1 LRJS). Pero, precisamente para conseguir tal propósito, manifestó que la readmisión no era posible, toda vez que la empresa se encontraba cerrada y carecía de actividad.

Finalmente, la sentencia recurrida considera lo que entiende es la conclusión alcanzada por el juzgador de instancia, en el sentido de que subsistían las causas que dieron lugar al expediente de regulación temporal de empleo, que da por acreditadas, así como la falta de liquidez. La sentencia recurrida califica lo anterior de hechos no controvertidos, por lo que concluye que la sentencia de instancia -que había declarado la procedencia del despido- es ajustada a derecho.

3. Especialmente en el contexto de las circunstancias descritas, es claro que, por el hecho de la incomparecencia de la empresa demandada al acto del juicio, los órganos judiciales no estaban necesariamente obligados a declarar la improcedencia de la extinción del contrato de trabajo de la recurrente, aunque tuvieran la convicción de que concurrían las causas alegadas por la empresa: el cese de la actividad, la disolución y la liquidación de la empresa.

No es dudoso que la convicción judicial debe prevalecer.

#### **CUARTO. La desestimación del recurso de casación para la unificación de doctrina.**

1. De acuerdo con lo razonado, y de conformidad con lo informado por el Ministerio Fiscal, procede desestimar el recurso de casación para la unificación de doctrina y confirmar la sentencia recurrida.

2. Sin costas ( artículo 235.1 LRJS).

#### **FALLO**

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

1. Desestimar el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la representación de doña Marisol .

2. Confirmar la sentencia de la sala de lo social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid 27/2022, 13 de enero de 2022 (rec. 581/2021).

3. No imponer costas.

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



Así se acuerda y firma.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ