



Roj: **STS 3159/2019** - ECLI: **ES:TS:2019:3159**

Id Cendoj: **28079140012019100610**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **24/09/2019**

Nº de Recurso: **1397/2017**

Nº de Resolución: **649/2019**

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

Ponente: **JOSE MANUEL LOPEZ GARCIA DE LA SERRANA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ CV 6468/2016,**  
**STS 3159/2019**

UNIFICACIÓN DOCTRINA núm.: 1397/2017

Ponente: Excmo. Sr. D. Jose Manuel Lopez Garcia de la Serrana

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Jesús Escudero Cinca

#### **TRIBUNAL SUPREMO**

##### **Sala de lo Social**

##### **Sentencia núm. 649/2019**

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D. Jesus Gullon Rodriguez, presidente

D<sup>a</sup>. Maria Luisa Segoviano Astaburuaga

D. Jose Manuel Lopez Garcia de la Serrana

D. Antonio V. Sempere Navarro

D<sup>a</sup>. Concepcion Rosario Ureste Garcia

En Madrid, a 24 de septiembre de 2019.

Esta Sala ha visto el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el Fondo de Garantía Salarial representado por el Abogado del Estado contra la sentencia dictada el 13 de septiembre de 2016 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana en recurso de suplicación nº 2678/2015, interpuesto contra la sentencia de fecha 7 de mayo de 2015, dictada por el Juzgado de lo Social nº 1 de Castellón, en autos nº 32/2014, seguidos a instancias de D. Juan Francisco contra el Fondo de Garantía Salarial sobre prestaciones.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Jose Manuel Lopez Garcia de la Serrana.

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** Con fecha 7 de mayo de 2015 el Juzgado de lo Social nº 1 de Castellón dictó sentencia, en la que se declararon probados los siguientes hechos:

"PRIMERO.- El demandante D. Juan Francisco prestó servicios para la empresa Milmueble S.A. desde el 26-12-1989, con la categoría de oficial 2a y salario diario de 60,36 euros al día. La empresa procedió al despido del trabajador en fecha 11-4-2012, a consecuencia de expediente de regulación de empleo. Impugnada la



extinción, en fecha 11-2-2012 se dictó sentencia por el Juzgado de lo Social nº 4 de Castellón (autos nº 601/2012), por la que se declaró la nulidad del despido, la extinción de la relación laboral y la condena a la empresa al abono de la cantidad de 68.244,22 euros en concepto de indemnización.

SEGUNDO.-La empresa Milmueble S.A. fue declarada en situación de concurso de acreedores el día 11-4-2012 por el Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Castellón. Por parte de la administración concursal se han reconocido al demandante 68.244,22 euros en concepto de indemnización y 7.085 euros en concepto de salarios en bruto, una vez deducido el total de 406 euros percibidos en concepto de "complemento ERE" (folios 31 y siguientes).

TERCERO.- En fecha 6-2-2013 se presentó por el demandante solicitud de prestaciones al Fondo de Garantía Salarial. En fecha 23-10-2013 se dictó resolución por el Fondo de Garantía Salarial por la que reconoció al demandante el derecho a percibir del Fondo de Garantía Salarial la cantidad de 18.173,35 euros en concepto de indemnización conforme a lo dispuesto en el artículo 33 del Estatuto de los Trabajadores y 5.884,75 euros por los salarios, siendo el salario módulo de 49,79 euros."

En dicha sentencia aparece la siguiente parte dispositiva: "Que estimando parcialmente la demanda interpuesta por D. Alberto contra el Fondo de Garantía Salarial, condeno al organismo demandado a abonar al demandante el importe de 1.773,01 euros en concepto de diferencia en la prestación derivada de salarios, y absolviendo al organismo demandado de la petición de abono de diferencias en cuanto a la prestación derivada de la indemnización por despido."

Por el Juzgado de lo Social nº 1 de Castellón se dictó auto en fecha 9 de julio de 2015, cuya parte dispositiva dice: "HA LUGAR, PARCIALMENTE, A LA ACLARACIÓN SOLICITADA por el Fondo de Garantía Salarial de la sentencia de 7 de mayo de 2015, nº 216/15, quedando el fallo del siguiente modo: "Que estimando parcialmente la demanda interpuesta por D. Juan Francisco contra el Fondo de Garantía Salarial, condeno al organismo demandado a abonar al demandante el importe de 1.773,01 euros en concepto de diferencia en la prestación derivada de salarios, y absolviendo al organismo demandado de la petición de abono de diferencias en cuanto a la prestación derivada de la indemnización por despido."

SEGUNDO.- La citada sentencia fue recurrida en suplicación por D. Juan Francisco ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, la cual dictó sentencia en fecha 13 de septiembre de 2016, en la que consta el siguiente fallo: "Que estimando en parte el recurso de suplicación interpuesto por la representación procesal de D. Juan Francisco contra la sentencia de fecha siete de Mayo del Dos Mil Quince dictada por el Juzgado de lo Social nº uno de los de Castellón, en autos número 33/2014 seguidos a instancias del recurrente contra el FONDO DE GARANTÍA SALARIAL sobre RECLAMACIÓN DE CANTIDAD, y estimando en parte el recurso interpuesto por el FONDO DE GARANTÍA SALARIAL frente a la citada Sentencia, acordamos revocar en parte dicha Sentencia, estimando la demanda en lo que se refiere a las diferencias reclamadas por el concepto de indemnización, calculando las mismas conforme a la legislación vigente con anterioridad al RDL 20/12 y condenando en consecuencia a FOGASA a abonar al actor por el concepto de diferencias de indemnización la suma de 3.858,05 euros y revocando la Sentencia de instancia en lo referente a la suma a la que se condena al organismo demandado por el concepto de diferencias salariales, que se fija en la suma de 1.240,16 euros. Sin costas."

TERCERO.- Por la representación del Fondo de Garantía Salarial se formalizó el presente recurso de casación para la unificación de doctrina ante la misma Sala de suplicación. Se aporta como sentencia contradictoria con la recurrida la dictada por la Sala de lo Social del TSJ del País Vasco en fecha 21 de octubre de 2014 (RS 1848/2014).

CUARTO.- Con fecha 25 de octubre de 2017 se admitió a trámite el presente recurso, y no habiéndose personado la parte recurrida no obstante haber sido emplazada pasa lo actuado al Ministerio Fiscal a fin de que informe en el plazo de diez días sobre la procedencia o improcedencia del presente recurso.

QUINTO.- Por el Ministerio Fiscal se emitió informe en el sentido de considerar el recurso procedente. Instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 24 de septiembre de 2019, fecha en que tuvo lugar.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La cuestión objeto del presente recurso casacional consiste en determinar la normativa aplicable para determinar el alcance de la responsabilidad del Fondo de Garantía Salarial (FOGASA). En concreto, si, en caso de concurso de acreedores de la empresa, esa responsabilidad nace cuando se declara el concurso o, cuando se produjeron los despidos, o, por el contrario, cuando (posteriormente) se declara la nulidad del despido de los trabajadores.



1. Los datos fácticos a tener en cuenta para delimitar los términos del debate son los que siguen: 1) En fecha 11 de abril de 2012 la empresa es declarada en concurso por Auto del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de los de Castellón. 2) El demandante vió extinguido su contrato de trabajo en virtud de despido con fecha de efectos del 11 de abril de 2012, adoptado en Expediente de Regulación de Empleo. 3) El despido fue declarado nulo por sentencia del Juzgado de lo Social nº 1 de Castellón de 12 de noviembre de 2012, que ante la imposibilidad de readmisión, declaró la extinción de los contratos de trabajo en dicha fecha. 4) Presentada reclamación de prestaciones al FOGASA, se emitió resolución de fecha 23 de octubre de 2013, una correspondiente a la reclamación de garantía salarial -a la que aplica la redacción anterior a la reforma operada por el RD Ley 20/2012- y otra a la garantía por despido y salarios de trámite, para cuyo cálculo el Fondo se atuvo a los límites establecidos en el art. 33.2 ET en la redacción dada por dicho RD Ley.

La sentencia dictada por el Juzgado de lo Social reconoció al actor el derecho a otros 1.773 euros por diferencias salariales y desestimó las diferencias reclamadas por el mismo en la indemnización, al entender que se debía incrementar lo reconocido por el FOGASA por salarios por los motivos que expone.

La STSJ de la Comunidad Valenciana de fecha 13 de septiembre de 2016 (rec. 2678/2015), reiterando el criterio acogido en anteriores ocasiones, estima en parte el recurso de suplicación del trabajador. Entiende que debe aplicarse la legislación vigente en la fecha de la declaración del concurso, que es el momento que se constata su insolvencia y se inicia el proceso de saneamiento financiero, normativa que considera se debe aplicar para fijar el alcance de la responsabilidad del FOGASA en el pago de salarios adeudados, así como también para fijar el importe a su cargo que la indemnización por despido y de salarios de trámite. Entiende que ese es el punto de conexión temporal que fija la regulación aplicable, tanto al concurso cuanto a las garantías salariales de los artículos 32 y 33 ET, siendo inocuas en orden a las responsabilidades subsidiarias del Fondo las posteriores modificaciones.

Consecuentemente, desestima la pretensión del actor de incremento de la prestación por salarios, dado que su importe no podía superar el límite de la deuda reconocida por el administrador judicial por ese concepto, para evitar esa superación reduce la cantidad a abonar por el Fogasa por ese concepto a 1.240'16 euros, particular en el que estima el recurso del FOGASA y revoca la sentencia de instancia. Simultáneamente, estima la de incremento de la cuantía de la indemnización por despido y salarios de trámite, que aumenta en 3.858'05 euros, al aplicar la normativa anterior al RDL 20/2012.

2. Disconforme con el criterio de suplicación, el Abogado del Estado interpone recurso de casación para la unificación de doctrina en el que impugna el incremento de la cuantía de la indemnización por despido y sostiene que la responsabilidad del FOGASA no nace en la fecha de declaración de concurso sino cuando se declara la extinción de la relación laboral. Identifica como contradictoria la STSJ del País Vasco de 21 de octubre de 2014 (rec. 1848/2014).

El Ministerio Fiscal informa acerca de la concurrencia de contradicción entre las sentencias opuestas y que respecto de la materia discutida debe prevalecer el criterio de la referencial, sosteniendo la procedencia del recurso que no ha impugnado la parte recurrida.

3.- En orden al requisito de contradicción pedido por el art. 219.1 LRJS, entendemos que concurre la necesaria similitud de los supuestos en cuanto de las pretensiones que deducidas en los respectivos procedimientos. Es seguro que existe contradicción doctrinal entre las sentencias a la hora de determinar cuál sea el punto de conexión que sirve para anclar la regulación aplicable, en particular acerca del tope máximo de las prestaciones que deba satisfacer el Fondo: la recurrida atiende a la legislación vigente a la fecha de declaración del concurso, la referencial a la redacción dada por el RD Ley 20/2012 dado que la resolución judicial extintiva es posterior a esa norma.

En consecuencia, estamos en presencia de pronunciamientos diversos respecto de hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales, tal como requiere el art. 219 LJS como presupuesto de admisibilidad del recurso para la unidad de la doctrina.

**SEGUNDO.** - 1. El recurso se fundamenta en la infracción de los arts. 33.3 ET y 64 de la Ley Concursal, en relación con el RD-Ley 20/2012 y con la Ley 38/2011 de 10 de octubre, y de la jurisprudencia. Cita al efecto la doctrina de la STS de 24 abril 2001 (rec. 2102/2000).

2. En precedentes resoluciones hemos analizado cuál ha de ser la legislación aplicable -a la vista de la modificación de los límites de responsabilidad operados en este caso por el RD Ley 20/2012-. Por razones de seguridad jurídica acudiremos a la doctrina contenida en sentencias de fecha 6 y 7 de junio de 2017 (Rcud 1849/16, 1538/16 y 3987/15), y sentencia de 12 de diciembre de 2017 (Rcud 3015/2016) y 18 de enero de 2018 (Rcud 449/2017).



Como dice la última de las sentencias citadas tal decisión se funda en que "a) En fecha 15 de julio de 2012 entra en vigor la redacción derivada del Real Decreto-Ley 20/2012 y la misma está vigente en el momento de dictarse la sentencia que declaraba la nulidad del despido de los demandantes. La norma explica que "se articulan medidas encaminadas a preservar la viabilidad financiera del Fondo de Garantía Salarial, en la línea de las funciones para las que fue concebido". Su artículo 19 modifica la regla del art. 33.3 que aquí interesa, de modo que las indemnizaciones a abonar a cargo del FOGASA, 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.

Por otro lado, el artículo 64 de la Ley Concursal viene regulando los principales aspectos laborales del concurso. La Ley 38/2011, reformando la Ley Concursal, incorpora la regulación expresa en sede concursal de la subrogación legal del Fondo de Garantía Salarial en los créditos salariales e indemnizaciones cuyo pago anticipe a los trabajadores por cuenta del empresario en el marco de lo dispuesto en el citado artículo 33 del Estatuto de los Trabajadores .

b) La STS de 24 abril 2001 (rec. 2102/2000 ), mencionada en el recurso, examina un problema de prescripción que no tiene mucho que ver con el presente. Para resolverlo, se sienta la doctrina de que el FOGASA, "en su condición de fiador o responsable legal subsidiario, se verá perjudicado por la interrupción de la prescripción frente al empresario deudor cuando ésta se produce mediante reclamaciones judiciales - art. 1975 CC , primera parte, que alcanza a los supuestos normales de reclamación contra dicho Organismo-, o asimiladas -acciones ejecutivas o reconocimiento de deuda en pleito concursal, del art. 33.7 ET -, pero no cuando se trate de otras formas genéricas de interrupción, y en concreto del reconocimiento de deudas u otros pactos que no gocen de la garantía de publicidad que aquellos otros supuestos tienen".

c) La STS 23 marzo 2006 (rec. 1264/2005 ) aborda una cuestión bastante similar a la que nos ocupa. Examina la responsabilidad del FOGASA por salarios de tramitación. En concreto, un problema de transitoriedad o aplicación cronológica de las normas que regulan los efectos del despido improcedente (el devengo de salarios de tramitación). El RDL 5/2002 los suprimió en determinados casos, que consiguientemente desaparecieron de la mención que hace el art. 33.1 ET al alcance de aquella, si bien con una vigencia muy limitada, pues la Ley 45/2002, de 12 de diciembre, restableció los salarios de trámite y en consecuencia volvió a introducir la alusión expresa a los mismos en el citado art. 33.1 ET .

En el caso que enjuiciaba, los despidos se produjeron durante la vigencia del RDL 5/2002, lo mismo que la sentencia que los calificó como improcedentes (6 de noviembre de 2002 ). "Y al no haber ejercitado la empresa la opción entre la indemnización o la readmisión, y siendo ésta imposible, por Auto de 19 de diciembre se declaró extinguida la relación laboral. Con posterioridad, el 6 de junio de 2003, se dictó Auto declarando la insolvencia empresarial. Descartada esta última fecha, que claramente no es en la que se extingue la relación, la Sala afirma que, en el caso, la extinción no se produce hasta tanto se dicta el Auto de 19 de diciembre, que es el que, ante la imposibilidad de proceder a la readmisión, declara definitivamente extinguida la relación, y acontecida pues la extinción bajo la vigencia de nuevo de la responsabilidad del Fondo, debe hacer frente a los citados salarios de trámite."

Es cierto, que esta Sala ha dicho en múltiples ocasiones que "la acción que se dirige contra el FOGASA no es directa, sino que tiene un carácter subsidiario, de modo que la obligación de pago no nace hasta que se produce la declaración de insolvencia, desde cuyo momento el trabajador tiene la posibilidad de ejercitar contra FOGASA las reclamaciones y acciones encaminadas al reconocimiento de sus derechos, de modo que es la fecha de la tal declaración judicial de insolvencia la que acarrea la responsabilidad sustitutoria del Fondo.

Pero una cosa es que la acción que se pueda dirigir contra el Fondo surja en el momento en que se produce la insolvencia de la empresa, principal obligada al pago, y otra bien distinta es determinar si existe realmente el crédito o el momento en que ha podido existir el título en el que se apoya la pretensión de abono frente al Fondo."

d) La STS 26 julio 2006 (rec. 2843/2005 ) aborda asunto "prácticamente idéntico" al anterior y reitera la expuesta doctrina en relación con el momento en que ha de entenderse extinguida la relación laboral, a los efectos de imputar responsabilidad al FOGASA por los salarios de tramitación adeudados como consecuencia de un despido improcedente. El momento clave, a los efectos de determinar, en cada caso, la normativa aplicable, es aquél en el que se produce la extinción del contrato de trabajo; en el caso, el de la fecha del auto que puso fin al incidente de no readmisión tramitado después de que la sentencia de despido hubo ganado firmeza y, precisamente, en ejecución de lo ordenado en tal sentencia....".

Y sigue " 3. En el supuesto ahora enjuiciado, cuando se declara el concurso está en vigor la redacción del artículo 33 ET (y preceptos concordantes) que establecía un tope a sus prestaciones equivalente al triple del



salario mínimo interprofesional (SMI), mientras que a la fecha de la declaración extintiva ya ha tenido lugar la modificación normativa por mor del RD Ley 20/2012.

Con arreglo a la doctrina expuesta, "lo decisivo para determinar el momento en que ha de fijarse la regulación aplicable, salvo previsión legal expresa, radica en identificar el instante en que nace la obligación que acaba asumiendo el Fondo, en cuanto responsable legal subsidiario.

De este modo, si la declaración del concurso (o la solicitud, como llegaba a plantear el recurso de suplicación entablado por el trabajador en nuestro caso) fuera le causa de que existieran prestaciones a cargo del ente público, a ello habría de estarse.

Sin embargo, es claro que la declaración de concurso resulta algo bien distinto a la extinción de los contratos de trabajo. Basta recordar que la norma "procura la conservación de las empresas o unidades productivas de bienes o servicios integradas en la masa, mediante su enajenación como un todo, salvo que resulte más conveniente a los intereses del concurso su división o la realización aislada de todos o alguno de sus elementos componentes, con preferencia a las soluciones que garanticen la continuidad de la empresa" (Exposición de Motivos, VII), de modo que "La declaración de concurso no interrumpirá la continuación de la actividad profesional o empresarial que viniera ejerciendo el deudor" (art. 44.1).

Por lo tanto, nada impide que los contratos de trabajo de la empresa declarada en concurso prosigan su desarrollo, lo que obviamente implica que ni se extinguen ni nace derecho indemnizatorio alguno a favor de los trabajadores. Para que entre en juego la responsabilidad del Fondo, no basta con que exista declaración de concurso, sino que debe mediar asimismo la extinción de los contratos."

Seguimos señalando que si no existe la falta de pago de salarios o de indemnización, el Fondo tampoco tiene obligación alguna ni el trabajador ningún derecho contra él, por mucho que la empresa esté en concurso. "La fecha de declaración de concurso no puede determinar la aplicación de la norma vigente en materia de prestaciones del FOGASA ya que, en su caso, el derecho al cobro de indemnización por despido solo surge, en el momento en que se declara la extinción de su relación laboral con la empresa. A partir de ahí, no antes, es cuando debe responder el Fondo en la forma y con los límites establecidos en el art. 33 ET, de las obligaciones no satisfechas por aquella." .".

Por tanto, como conclusión, el régimen jurídico de la responsabilidad legal del FOGASA es el establecido en dicha norma, sin que sea posible imponerle una obligación de pago más allá de los supuestos tasados, dado su posición jurídica de fiador legal y, sobre todo, a la vista del momento en que nace la obligación que viene a asumir.

En consecuencia debe mantenerse el mismo criterio seguido por la sentencia de contraste porque si cuando se declaró el concurso aún no se había producido la extinción de los contratos de trabajo que determinó los salarios de tramitación reclamados, en realidad no había nacido dicho derecho, ni frente a la empresa ni frente al Fondo.

Dicha solución, como acaeció en otros supuestos, no solo es compatible, sino armónica con la acogida en aquéllos en que hemos señalado el momento de declaración del concurso como el relevante. Así, por ejemplo, en la STS 12 febrero 2007 (rec. 3.951/2005) se resuelve supuesto en que el crédito salarial o la indemnización ya habían nacido cuando se declaró la insolvencia y por eso se sienta la regla general de que "debe ser la fecha de la declaración de insolvencia, y no la del despido o acto extintivo de la relación de trabajo la determinante del momento en que nace para el trabajador la facultad de ejercer sus derechos frente al Fondo"; ello es así porque la declaración de insolvencia se produce en el procedimiento de ejecución (actual art. 276 LRJS).

Como en esa y otras ocasiones hemos advertido, "una cosa es que la acción que se pueda dirigir contra el Fondo surja en el momento en que se produce la insolvencia de la empresa, principal obligada al pago, y otra bien distinta es determinar si existe realmente el crédito o precisar el momento en que ha podido existir el título en el que se apoya la pretensión de abono frente al Fondo."

**TERCERO.- 1.** La doctrina contenida en la sentencia que se recurre se separa de la de esta Sala y como ha informado el Ministerio Fiscal, debe declararse errónea.

Procede en consecuencia anular en parte la sentencia recurrida, y resolver el debate suscitado en suplicación, de estimar el de esa clase que interpuso el FOGASA lo que comporta confirmar la sentencia de instancia en cuanto que desestimó la pretensión de incremento de la indemnización por despido y la de suplicación en el particular en el que la revoca fijando el importe de la cantidad a cargo del FOGASA por salarios, pronunciamiento que no ha sido impugnado en esta alzada.

Sin especial pronunciamiento en costas ( art. 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. Estimar el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la representación legal del Fondo de Garantía Salarial.
2. Casar y anular en parte la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, de 13 de septiembre de 2016 en recurso de suplicación nº 2678/2015 , formulado contra la sentencia de fecha 7 de mayo de 2015, dictada por el Juzgado de lo Social nº 1 de Castellón , en autos nº 32/2014.
3. Resolver el debate de suplicación, estimando el recurso de tal índole interpuesto por el Fondo de Garantía Salarial con relación a la fijación del importe de lo adeudado por el concepto de salarios y con revocación de los pronunciamientos de la sentencia recurrida sobre el importe de la indemnización a cargo del FOGASA, particular en la que la casamos y confirmamos la sentencia de instancia.
4. Sin costas.

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

Así se acuerda y firma.