



Roj: **STS 3826/2019** - ECLI: **ES:TS:2019:3826**

Id Cendoj: **28079140012019100727**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **12/11/2019**

Nº de Recurso: **1357/2017**

Nº de Resolución: **768/2019**

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

Ponente: **CONCEPCION ROSARIO URESTE GARCIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ LR 79/2017,**
STS 3826/2019

UNIFICACIÓN DOCTRINA núm.: 1357/2017

Ponente: Excm. Sra. D.^a Concepcion Rosario Ureste Garcia

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Santiago Rivera Jiménez

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social

Sentencia núm. 768/2019

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D.^a. Maria Luisa Segoviano Astaburuaga

D. Angel Blasco Pellicer

D. Sebastian Moralo Gallego

D.^a. Maria Luz Garcia Paredes

D.^a. Concepcion Rosario Ureste Garcia

En Madrid, a 12 de noviembre de 2019.

Esta Sala ha visto el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el Abogado del Estado, en la representación que ostenta del FOGASA, contra la sentencia dictada el 23 de febrero de 2017 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de La Rioja, en el recurso de suplicación núm. 47/2017, que resolvió el formulado contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 3 de Logroño, de fecha 11 de noviembre de 2016, recaída en autos núm. 241/2016, seguidos a instancia de la misma parte frente a FOGASA, sobre reclamación de cantidad.

Ha comparecido en concepto de recurrida la Letrada Sra. García Trius, en la representación que ostenta de D.^a. Angelina .

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.^a Concepcion Rosario Ureste Garcia.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 11 de noviembre 2016, el Juzgado de lo Social nº 3 de Logroño, dictó sentencia en la que consta la siguiente parte dispositiva: "Que desestimando la demanda interpuesta por D.^a Angelina contra el



FONDO DE GARANTÍA SALARIAL, debo absolver y absuelvo a este demandado de las pretensiones formuladas en su contra".

SEGUNDO.- En dicha sentencia, y como hechos probados, se declaraban los siguientes: "PRIMERO.- La demandante venía prestando sus servicios por cuenta y órdenes de la empresa INALCO ALUMINIOS S.L. con una antigüedad del 1.12.2005, categoría profesional grupo V A y salario bruto diario de 87'05 E (ipp).- **SEGUNDO.-** Con fecha 17.03.2015 la empresa le notificó la modificación sustancial de sus condiciones de trabajo, por causas económicas y productivas, con efectos del 1.04.2015.- La actora comunicó entonces a la empresa que ante el perjuicio que le provocaba esa modificación, hacía uso de su derecho a dar por extinguido su contrato con efectos del 31.03.2015.- Reclamado judicialmente el pago de la correspondiente indemnización, se dictó por el Juzgado de lo Social nº 2 de esta ciudad (autos 315/15) y endecha 17.12.2015 sentencia estimatoria que condenó a la empresa a abonar a la trabajadora, por tal concepto, la suma de 16.249'06 E. El contenido y fundamentos de esta sentencia se tienen aquí por reproducidos (folios 37 ss).- **TERCERO.-** Declarada la empresa en concurso (Concurso Voluntario Abreviado nº 699/2015 del Juzgado de lo Mercantil de La Rioja), se certificó por el administrador concursal designado y en fecha 25.01.2016 un crédito a favor de la actora por importe de 16.249'06 E en concepto de indemnización.- **CUARTO.-** Formulada ante FOGASA y en fecha 29.01.2016, solicitud de prestación de garantía salarial, se dictó por este organismo y en fecha 2.02.2016 Resolución denegatoria".

TERCERO.- La citada sentencia fue recurrida en suplicación por la representación procesal de D^a. Angelina, ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de La Rioja, la cual dictó sentencia en fecha 23 de febrero de 2017, en la que dejando inalterada la declaración de hechos probados de la sentencia de instancia, consta la siguiente parte dispositiva: "Que ESTIMANDO EL RECURSO DE SUPPLICACIÓN interpuesto por la Letrada Sra. García Tricio en representación de Angelina contra la Sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 3 de La Rioja, con fecha 11 de noviembre de 2016, en autos 241/2016 promovidos por dicha parte contra El FONDO DE GARANTÍA SALARIAL, representado por el Letrado Habilitado de la Abogacía del Estado en la Rioja, DEBEMOS REVOCARLA y dictar nueva resolución por la que ESTIMAMOS la Demanda formulada por la parte ahora recurrente contra el FONDO DE GARANTÍA SALARIAL; y en consecuencia, Reconocemos a la actora, D^a Angelina la prestación de garantía salarial solicitada cuyo importe de 16.249'06 €, deberá ser abonada por el FONDO DE GARANTÍA SALARIAL, dentro de los límites establecidos legalmente".

CUARTO.- Contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de La Rioja, por la representación de FOGASA, se formalizó el presente recurso de casación para la unificación de doctrina ante la misma Sala de suplicación. Se aportan como sentencias contradictorias con la recurrida las dictadas por las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia de Burgos de 20 de marzo de 2013 (R. 100/2013) y de la Comunidad Valenciana de 16 de noviembre de 2004 (R. 1270/2004). Los motivos de casación denunciaban: 1º. Infracción de las formas esenciales del juicio por vulneración de las normas reguladoras de la sentencia que han producido indefensión, en concreto los arts. 24.1 y 120.3 CE, 97.2 y 193 LRJS, 238.3 y 240 LOPJ, y 218.2, 225.1 y 227 LEC.- 2º. Infracción por vulneración de los arts. 33.2 y 41.3 ET

QUINTO.- Por providencia de esta Sala, se procedió admitir a trámite el citado recurso, y habiendo impugnado el recurso la parte recurrida, se pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal que emitió informe en el sentido de considerar procedente la desestimación del mismo, e instruida la Excm. Sra. Magistrada Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 12 de noviembre de 2019, en el que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.-1. Son dos las cuestiones casacionales planteadas por la Abogacía del Estado en representación del FOGASA: la primera de índole procesal -posibilidad de que la sentencia de suplicación revoque la dictada en la instancia resolviendo un extremo que califica de novedoso al no haber sido aducida ni debatida en el procedimiento-. La segunda, sustantiva, versa sobre la condena de dicho organismo por encima de los umbrales legales en caso de extinción del contrato por voluntad del trabajador debido a la modificación sustancial de sus condiciones de trabajo (arts. 33.2 y 41.3 ET).

La sentencia recurrida -de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de La Rioja de fecha 23 de febrero de 2017- revoca la de instancia y estima la demanda formulada por la parte actora contra el FONDO DE GARANTÍA SALARIAL, reconociendo su derecho a la prestación de garantía salarial solicitada cuyo importe de 16.249'06 €, que deberá ser abonada por aquél dentro de los límites establecidos legalmente.

2. La parte impugnante pone el acento en la falta de los requisitos establecidos en los arts. 221 y ss de la LRJS, y así la de una relación precisa y circunstanciada de la contradicción y de la necesaria contradicción. En cuanto al fondo entiende que la recurrida resulta ajustada a derecho.



El Ministerio Fiscal ha informado la desestimación del recurso, señalando la falta de contradicción: en el primero de los motivos al no concurrir la suficiente homogeneidad entre las infracciones procesales objeto de comparación, y en el segundo en razón a la modificación legislativa operada en la normativa de cobertura - que sustenta la recurrida-, y que resulta ajeno al debate en la referencial, así como los diferentes supuestos de hecho examinados.

SEGUNDO.- 1. Procede en primer lugar analizar la concurrencia de dicho requisito de contradicción previsto en el artículo 219.1 LRJS. Se exige una igualdad "esencial", sin que por lo tanto medie diferencia alguna que permita concluir que, a pesar de la contraposición de pronunciamientos en las sentencias contratadas, ambos puedan resultar igualmente ajustados a Derecho y que por ello no proceda unificar la doctrina sentada. Entre las más recientes resoluciones que recuerdan esta doctrina cabe citar las SSTS de fechas 28.02.2019, rcud 1576/2017 y 9.05.2019, rcud 313/2018.

2. La sentencia de contraste invocada en el primer motivo es la dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León (sede de Burgos) en fecha 20 de marzo de 2013, R. 100/2013. En dicha resolución se declara la nulidad de la sentencia de instancia, en materia de despido, por no haberse pronunciado la misma sobre la excepción de falta de acción del trabajador alegada por la empresa, al haber firmado el trabajador un finiquito.

Recordemos aquí, en línea con el informe elaborado por el Ministerio Fiscal, que cuando en el recurso de casación para la unificación de doctrina se invoque un motivo de infracción procesal, las identidades del art. 219.1 LRJS deben estar referidas a la controversia procesal planteada, debiendo existir para apreciar la contradicción la suficiente homogeneidad entre las infracciones procesales comparadas, sin que sea necesaria la identidad en las situaciones sustantivas de las sentencias contrastadas. Asimismo, en los supuestos de incongruencia y de falta de competencia objetiva o defecto de jurisdicción del orden social se exige que, al menos, la sentencia de contraste contenga doctrina o pronunciamiento implícito, sobre la materia en cuestión. (STS de 11/03/2015.- R. 1797/14, entre otras muchas).

Conforme a tal doctrina, hemos de concluir que respecto de este primer punto del recurso no concurre el requisito de contradicción exigible, pues la infracción procesal no es la misma en las resoluciones objeto de comparación. En la sentencia de contraste la nulidad de la de instancia se ampara en la omisión de todo pronunciamiento sobre la excepción de falta de acción, mientras que a la resolución ahora recurrida no se le reprocha una omisión, sino decidir sobre argumentos que no integraron el debate. Reproche que, por otra parte, no puede constituir vicio de incongruencia alguno, pues la sala acoge el motivo de suplicación aducido por la actora, pero basándolo en otros fundamentos, y esta forma de proceder no puede considerarse constitutivo de la incongruencia denunciada, en la medida en la que aquélla está condicionada en su pronunciamiento por los motivos articulados en el recurso, pero no por los fundamentos jurídicos alegados por las partes.

3. En el segundo motivo de casación unificadora la sentencia de contraste es la emitida por la sala de lo social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana el 16 de noviembre de 2004, R. 1270/04. Desestima el recurso interpuesto por los trabajadores contra la sentencia de instancia que a su vez había desestimado la demanda contra el FOGASA. La empresa les había comunicado la modificación sustancial de condiciones de trabajo y los trabajadores optaron por la extinción indemnizada ante el perjuicio causado. Presentaron papeleta de conciliación en demanda de las indemnizaciones que les correspondían celebrándose acto conciliatorio con avenencia. Instada la ejecución de lo convenido, se dictó auto despachando ejecución por el principal y posteriormente un nuevo auto declarando la insolvencia provisional de la empresa. Un año después los trabajadores solicitaron del FOGASA el abono de las indemnizaciones reconocidas por la empresa y el citado Fondo dictó resolución denegatoria por no estar prevista dicha prestación en el artículo 33 ET y por haber sido pactadas las indemnizaciones en conciliación, cuando es necesario que estuvieran reconocidas por sentencia o resolución de la autoridad laboral o resolución judicial complementaria de ésta y que en caso de declararse la responsabilidad del FOGASA ésta se circunscribía a las cantidades indicadas, calculadas de acuerdo con los topes vinculados al salario mínimo interprofesional.

La sentencia de instancia absolvió al FOGASA de las pretensiones en su contra y la sala de suplicación la confirma. Entiende, por una parte, que la indemnización del artículo 41.3 del ET surge de la rescisión del contrato adoptada unilateralmente por el trabajador. Por otra, que la responsabilidad del FOGASA se rige por un estricto principio de legalidad, y que tampoco el artículo 33 del ET menciona el acuerdo conciliatorio entre los títulos que originan la responsabilidad del citado organismo.

Una comparativa similar hemos efectuado en sentencia de fecha 8.01.2019 (rcud 1649/2017), en la que la de contraste era la misma resolución que aquí se invoca, mientras que la entonces recurrida partía de análogas situaciones fácticas: los actores habían prestado servicios para la misma empresa INALCO ALUMINIOS, S.L., declarada en situación de concurso, certificación del administrador concursal e igual momento de solicitud de prestación de garantía salarial frente al FOGASA.



El principio de seguridad jurídica e igualdad en el tratamiento exigen aplicar aquí los mismos criterios, tanto en este apartado atinente a los presupuestos marcados por el citado art. 219 LRJS, como en el de fondo que analizaremos en el siguiente fundamento.

Así, en orden a la afirmación de concurrencia de contradicción, dado que también en este caso las sentencias comparadas mantienen soluciones contrapuestas en lo que a la responsabilidad del FOGASA respecto de extinciones derivadas del artículo 41. 3 del Estatuto de los trabajadores se refiere. Aunque en la sentencia de contraste el supuesto de hecho hace referencia a un acuerdo extintivo en el acto de conciliación previo al proceso judicial en el marco de una extinción del artículo 41. 3 del ET, lo cierto es que en su argumentación son dos las razones para excluir la responsabilidad del FOGASA, tanto que el acuerdo conciliatorio en cuestión no es título habilitante para solicitar prestaciones del citado Fondo, como que la extinción prevista en el citado art. 41.3 es por decisión del trabajador y no constituye despido. Por tanto, es en este punto donde reside la contradicción, pues cabe entender que, de haber habido un pronunciamiento judicial sobre dicha extinción en la sentencia de contraste, la solución habría sido la misma.

TERCERO.- 1. La fundamentación jurídica correspondiente a esta segunda cuestión casacional implica el análisis de la aplicación de los arts. 33.2 y 41.3 ET en relación con la jurisprudencia. En definitiva, al examen de la responsabilidad del FOGASA en el abono de las indemnizaciones derivadas de resolución contractual a instancia del trabajador por mor de una modificación sustancial de las condiciones de trabajo.

Nuestra STS de fecha 8.01.2019, RcuD 1649/17, reiterando la doctrina precedente -así con remisión a lo recogido en STS de 18 de mayo de 2016 (rcud. 2919/2014)- razona acerca de la procedencia del abono por el Fogasa recurrente al actor de la indemnización correspondiente como consecuencia de la extinción del contrato de trabajo al amparo de lo dispuesto en el art. 41.3 ET -a causa de una modificación sustancial de las condiciones de trabajo-, con posterior concurso de acreedores de la empresa. Y ello porque, la jurisprudencia comunitaria equipara las extinciones de contrato derivadas de una modificación sustancial de las condiciones de trabajo unilateralmente decididas por el empresario a los despidos.

Recordamos el pasaje transcrito de la STS/IV de 18 de mayo de 2016 (rcud. 2919/2014), en la que señalamos:

"Además al derivar el citado precepto estatutario de lo establecido en la Directiva 98/59/CE del Consejo, de 20 de julio de 1998, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a los despidos colectivos, debe tenerse en cuenta la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en especial de la interpretación de los conceptos de "despido" y de "extinciones de contrato asimiladas al despido", la que corroboran la conclusión anteriormente expuesta. En este sentido, la STJUE 11-noviembre-2015 (C-422/14, Pujante Rivera vs. Gestora Clubs Dir, S.L. y FGS), incluye en el concepto de "despido" ex art. 1.1.a) de la Directiva 98/59/CE ("se entenderá por despidos colectivos los despidos efectuados por un empresario, por uno o varios motivos no inherentes a la persona de los trabajadores...") la extinción contractual derivada de una modificación unilateral introducida por el empresario en un elemento esencial del contrato de trabajo por motivos no inherentes a la persona del trabajador; declarando, entre otros extremos, que:

a) el concepto de "despido" en la Directiva 98/59, atendido al objetivo perseguido por la misma y al contexto en que se integra, << este concepto debe interpretarse en el sentido de que engloba cualquier extinción del contrato de trabajo no deseada por el trabajador y, en consecuencia, sin su consentimiento (sentencias Comisión/Portugal [TJCE 2004, 376], C- 55/02 , ..., y Agorastoudis y otros [TJCE 2006, 235], C-187/05 a C-190/05 ...) >>;

b) << de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia se desprende que los despidos se distinguen de las extinciones del contrato de trabajo, que, en las condiciones mencionadas en el artículo 1, apartado 1, último párrafo, de la Directiva 98/59 ... , se equiparan a los despidos por falta de consentimiento del trabajador (sentencia Comisión/Portugal [TJCE 2004, 376], C-55/02 ...) >>, en dicho art.1.1 último párrafo se preceptúa que " A efectos del cálculo del número de despidos previsto en la letra a) del párrafo anterior se asimilarán a los despidos las extinciones del contrato de trabajo producidos por iniciativa de empresario en base a uno o varios motivos no inherentes a la persona de los trabajadores, siempre y cuando los despidos sean al menos 5";

c) << En cuanto al asunto principal, dado que fue la trabajadora la que solicitó la extinción del contrato de trabajo con arreglo al artículo 50 del Estatuto de los Trabajadores , podría entenderse, a primera vista, que accedió a esta ruptura. No obstante, no es menos cierto que ..., el origen de la extinción de esa relación de trabajo es la modificación unilateral introducida por el empresario en un elemento esencial del contrato de trabajo por motivos no inherentes a la persona de la trabajadora >>;

d) el concepto de "despido" en la Directiva 98/59 <<condiciona directamente la aplicación de la protección y de los derechos que esta Directiva otorga a los trabajadores. Dicho concepto, por tanto, tiene una repercusión inmediata en las cargas que esta protección supone. Así pues, cualquier normativa nacional o interpretación de dicho concepto que llevase a considerar que, en una situación como la debatida en el litigio principal, la



rescisión del contrato de trabajo no es un despido, en el sentido de la Directiva 98/59, alteraría el ámbito de aplicación de dicha Directiva y la privaría así de su plena eficacia (véase, en este sentido, la sentencia Confédération générale du travail y otros [TJCE 2007, 14], C- 385/05...)>>; y

e) concluyendo que << La Directiva 98/59 ... debe interpretarse en el sentido de que el hecho de que un empresario proceda, unilateralmente y en perjuicio del trabajador, a una modificación sustancial de elementos esenciales del contrato de trabajo por motivos no inherentes a la persona del trabajador queda comprendido en el concepto de "despido" utilizado en el artículo 1, apartado 1, párrafo primero, letra a), de dicha Directiva>>.

(...) En definitiva, entendemos que, dadas las circunstancias concurrentes expuestas, cuando en el ámbito de una serie de medidas de flexibilización interna y externa por causas organizativas y productivas, adoptadas, en su día, con autorización administrativa, procede la reposición del derecho a la prestación por desempleo consumida durante un periodo previo de suspensión temporal del contrato por causas organizativas y productivas con el límite máximo legal de 180 días cuando la extinción contractual posterior, acaecida como consecuencia del global de medidas adoptadas, se produce no directamente por la resolución administrativa que autorice la extinción sino por no acogerse el trabajador afectado a una medida de modalidad geográfica adoptada por el empresario e incluida en dicho plan de reestructuración empresarial global, concurriendo los demás requisitos legales, al tratarse de una medida equiparable al despido por causas no inherentes a la personas del trabajador".

2. La aplicación de dicha doctrina al caso objeto del actual enjuiciamiento, en el que la cuestión litigiosa ha quedado centrada y limitada a determinar si el trabajador tiene derecho a que el FOGASA le abone la indemnización correspondiente como consecuencia de la extinción del contrato de trabajo al amparo de lo dispuesto en el art. 41.3 ET, a causa de una modificación sustancial de las condiciones de trabajo, con posterior concurso de acreedores de la empresa, determina, teniendo en cuenta las circunstancias fácticas concurrentes expuestas, la desestimación en su integridad del recurso interpuesto y la correlativa confirmación de la sentencia recurrida, declarando su firmeza.

Procede imponer las costas a la parte recurrente (ex art. 235 LRJS) en cuantía de 1.500 euros.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido Desestimar el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el Abogado del Estado, en la representación que ostenta del FOGASA.

Declarar la firmeza de la sentencia dictada el 23 de febrero de 2017 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de La Rioja, en el recurso de suplicación núm. 47/2017.

Se imponen las costas, que comprenden los honorarios de la Abogada de la parte contraria que se personó e impugnó el recurso, en cuantía de 1.500 euros.

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

Así se acuerda y firma.