



Roj: **STSJ EXT 932/2015 - ECLI: ES:TSJEXT:2015:932**

Id Cendoj: **10037340012015100339**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Social**

Sede: **Cáceres**

Sección: **1**

Fecha: **07/07/2015**

Nº de Recurso: **271/2015**

Nº de Resolución: **350/2015**

Procedimiento: **RECURSO SUPLICACION**

Ponente: **PEDRO BRAVO GUTIERREZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

**T.S.J.EXTREMADURA SALA SOCIAL**

**CACERES**

**SENTENCIA: 00350/2015**

C/PEÑA S/Nº (TFNº 927 620 236 FAX 927 620 246)CACERES

**Tfno:** 927 62 02 36-37-42

**Fax:** 927 62 02 46

**NIG:** 06015 44 4 2014 0001594

402250

**RSU RECURSO SUPLICACION 0000271 /2015**

Procedimiento origen: DEMANDA 0000376 /2014

Sobre: RECLAMACION CANTIDAD

**RECURRENTE/S D/ña** Romualdo

**ABOGADO/A:** JOSE MARIA LOPEZ BLANCO

**PROCURADOR:**

**GRADUADO/A SOCIAL:**

**RECURRIDO/S D/ña:** FOGASA

**ABOGADO/A:** ABOGACÍA DEL ESTADO FOGASA, CÁCERES

**PROCURADOR:**

**GRADUADO/A SOCIAL:**

**ILMOS. SRES:**

**D. PEDRO BRAVO GUTIERREZ**

**Dª ALICIA CANO MURILLO**

**D. JOSÉ GARCÍA RUBIO**

En CACERES, a siete de Julio de dos mil quince.

Tras haber visto y deliberado las presentes actuaciones, la SALA SOCIAL del T.S.J. EXTREMADURA, de acuerdo con lo prevenido en el artículo 117.1 de la Constitución Española ,

**EN NOMBRE DE S.M. EL REY**

**Y POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE****EL PUEBLO ESPAÑOL**

ha dictado la siguiente:

**SENTENCIA N° 350/15**

En el RECURSO SUPPLICACION **271/2015**, formalizado por el Sr. Letrado D. JOSE MARIA LOPEZ BLANCO, en nombre y representación de D. Romualdo , contra la sentencia número 110/15 dictada por JDO. DE LO SOCIAL N. 4 de BADAJOZ en el procedimiento DEMANDA 376/2014, seguidos a instancia de D. Romualdo frente a FOGASA, siendo Magistrado-Ponente el Ilmo Sr D. PEDRO BRAVO GUTIERREZ.

De las actuaciones se deducen los siguientes:

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO:** D Romualdo presentó demanda contra FOGASA, siendo turnada para su conocimiento y enjuiciamiento al señalado Juzgado de lo Social, el cual, dictó sentencia de fecha dieciocho de Marzo de dos mil quince

**SEGUNDO:** En la sentencia recurrida en suplicación se consignaron los siguientes hechos expresamente declarados probados: "PRIMERO: D. Romualdo prestó servicios laborales para la empresa GRANITOS DE BADAJOZ, SA hasta el día 11 de septiembre de 2012, en el que el Juzgado de lo Mercantil de Badajoz aprobó la extinción colectiva de la totalidad de la plantilla de la empresa, en el seno del concurso voluntario de acreedores número 132/2011 . En este procedimiento se dictó auto el día 8 de junio de 2011 declarando en concurso de acreedores a la empresa GRANITOS DE BADAJOZ. SA. SL SEGUNDO: En el procedimiento concursal se reconoció al trabajador una antigüedad de 18 de junio de 1990, una indemnización de 20 días de salario por año de servicio, con un máximo de una anualidad de salarios y un salario regulador de 106,22 € diarios. TERCERO: Seguido el correspondiente procedimiento administrativo, el FOGASA dictó una resolución, con fecha 13 de septiembre de 2013, en la fijaba las cantidades a abonar al trabajador con los siguientes topes: Para los salarios adeudados, un máximo de 120 días, a razón del duplo del SMI. Para la indemnización, un máximo de una anualidad, a razón del duplo del SMI. CUARTO: Interpuesta reclamación administrativa previa frente a dicha resolución, fue estimada parcialmente, en el sentido de aplicar al cálculo de los salarios adeudados el importe máximo diario del triple del SMI, con un tope de 150 días. desestimándola en cuanto al cálculo de la indemnización por despido".

**TERCERO:** En la sentencia recurrida en suplicación se emitió el siguiente fallo o parte dispositiva: "FALLO: Desestimo la demanda presentada por el Letrado Sr. López, en nombre y representación de D. Romualdo contra FOGASA. Por ello, absuelvo a la administración demandada de todas las pretensiones contenidas en la misma."

**CUARTO:** Frente a dicha sentencia se anunció recurso de suplicación por D. Romualdo , formalizándolo posteriormente. Tal recurso no fue objeto de impugnación por la contraparte.

**QUINTO:** Elevados por el Juzgado de referencia los autos principales a esta Sala de lo Social, tuvieron los mismos entrada en esta SALA en fecha 25 de mayo de 2015.

**SEXTO:** Admitido a trámite el recurso se señaló el día 2 de Julio en curso para los actos de votación y fallo.

A la vista de los anteriores antecedentes de hecho, se formulan por esta Sección de Sala los siguientes,

**FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**ÚNICO.-** El trabajador demandante interpone recurso de suplicación contra la sentencia que desestima su demanda en reclamación de cantidad frente al Fondo de Garantía Salarial, recurso que contiene un único motivo en el que, al amparo del art. 193.c) LRJS , se denuncia la infracción por aplicación indebida del art. 33 del Estatuto de los Trabajadores en la redacción dada por el Real Decreto-Ley 20/2012, de 13 de julio y por inaplicación de la redacción de ese mismo precepto anterior al citado RDL, en relación con los arts. 2.1 y 14.1 de la Ley 22/2003, de 9 de junio, Concursal , así como de la jurisprudencia que se cita a lo largo del motivo.

La cuestión que se plantea aquí consiste en determinar, en un caso en el que una empresa fue declarada en concurso antes de la vigencia del citado RDL y el contrato del trabajador se extinguió después, cual es el límite que para la responsabilidad del FOGASA hay que tener en cuenta, si el anterior o el posterior a esa vigencia, habiéndose decantado la sentencia recurrida por considerar que el posterior, el vigente cuando se ha producido la extinción y el derecho a la indemnización, mientras que el demandante pretende que se aplique el anterior,



superior al otro, porque considera que el derecho frente a la entidad demandada nace cuando se declara el concurso, acudiendo a la doctrina sentada en la STS de 12 de febrero de 2007, rec. 3.951/2005 .

No conteniendo el RDL norma transitoria alguna que determine lo contrario, debe mantenerse el mismo criterio que se sigue en la sentencia recurrida porque si cuando se declaró el concurso aún no se había producido la extinción del contrato de trabajo que determinó la indemnización, en realidad no había nacido entonces derecho alguno, ni frente a la empresa ni frente al Fondo y no otra cosa resulta del art. 33 ET pues, aunque en el nº 1 se dice que "abonará a los trabajadores...a causa de insolvencia o concurso de acreedores", lo que abona son o "salarios pendientes de pago" o "indemnizaciones reconocidas...a favor de los trabajadores a causa de despido o extinción de los contratos", de lo que resulta que, si no hay esa falta de pago de salarios o esa indemnización, el Fondo no tiene obligación alguna ni el trabajador ningún derecho contra él, por mucho que la empresa esté en concurso.

Distinto es el supuesto en el que se pronuncia el TS en la Sentencia que se cita en la recurrida y en el recurso pues allí 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", lo cual es cierto y sigue siendo así porque la declaración de insolvencia se produce en el procedimiento de ejecución, con arreglo a lo que ahora dispone el art. 276 LRJS , precepto contenido en el Libro cuarto de la Ley, el dedicado a la ejecución de sentencias, por lo que antes de esa declaración debe haber un título ejecutivo que ejecutar y en el que se reconozca la deuda con el trabajador, lo cual no tiene porqué suceder cuando la responsabilidad del Fondo deriva de la declaración de concurso pues esa declaración puede ser anterior no solo al título ejecutivo, sino incluso al devengo de los salarios o la indemnización, como aquí sucede.

Sostener que en estos casos hay que seguir la misma doctrina que para la insolvencia y que, por tanto, es en la fecha de la declaración de concurso cuando "nace para el trabajador la facultad de ejercer sus derechos frente al Fondo", supondría que aún antes de que se adeuden los salarios o se produzca la extinción, el trabajador podría reclamar contra el organismo, claro está que entonces no se sabría que es lo que podía reclamar.

Basta añadir que en el mismo sentido se ha pronunciado el TSJ del País Vasco en sentencias de 3 de junio y 21 de octubre de 2014 , cuyos acertados razonamientos se comparten por esta Sala.

Se alega también en el recurso la "teoría de los actos propios" porque, según consta probado, en la responsabilidad por salarios pendientes de pago, el Fondo estimó la reclamación del demandante y aplicó los límites anteriores al RDL 20/2012, alegación que tampoco puede prosperar, en primer lugar, porque es posible que entre los salarios pendientes de pago los hubiera devengados antes de la vigencia de tal norma y su importe ya superara los límites, con lo que, con arreglo a lo dicho, el derecho frente al Fondo ya habría nacido, pues se había producido el devengo y el concurso y, por otro lado, si no fuera así y los salarios correspondieran a períodos posteriores a tal vigencia, el error de la entidad demandada no le obligaría a repetirlo respecto a la indemnización, como tampoco la obligaría respecto de otros reclamantes pues el principio de igualdad sólo tiene sentido desde el de legalidad. Cobran aquí relieve los criterios del Tribunal Constitucional en la sentencia 58/1989, de 16 de marzo , entre otras, cuando afirma que "la posible no aplicación de una ley ... a un tercero no supone la ilegitimidad de su aplicación a aquellos que se sitúan en los supuestos de hecho contemplados en la norma". O, como dice la sentencia 21/1992, de 14 de febrero , "el principio de igualdad ante la Ley no significa un imposible derecho a la igualdad en la ilegalidad, de manera que en ningún caso aquél a quien se aplica la Ley puede considerar violado el citado principio constitucional por el hecho de que la Ley no se aplique a otros que asimismo la han incumplido".

Por lo expuesto, el recurso debe ser desestimado y confirmada la sentencia recurrida.

## FALLAMOS

Con desestimación del recurso de suplicación interpuesto por D. Romualdo contra la sentencia dictada el 18 de marzo de 2015 por el Juzgado de lo Social nº 4 de Badajoz , en autos seguidos a instancia del recurrente frente al FONDO DE GARANTÍA SALARIAL, confirmamos la sentencia recurrida.

Incorpórese el original de esta sentencia, por su orden, al Libro de Sentencias de esta sala.

**MODO DE IMPUGNACIÓN:** Se hace saber a las partes que contra esta sentencia cabe interponer recurso de casación para la unificación de doctrina que ha de prepararse mediante escrito presentado ante esta Sala de lo Social dentro del improrrogable plazo de diez días hábiles inmediatos siguientes a la fecha de notificación de esta sentencia. Si el recurrente no tuviere la condición de trabajador o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social o beneficio de asistencia jurídica gratuita, deberá consignar la cantidad de 600



euros, en concepto de depósito para recurrir, en la cuenta expediente de este Tribunal en BANESTO N° 1131 0000 66 027115. Si el ingreso se hace mediante transferencia bancaria deberá incluir tras la cuenta genérica proporcionada para este fin por la entidad 0030 1846 42 0005001274, en el campo "observaciones o concepto" en bloque los 16 dígitos de la cuenta expediente. La Consignación en metálico del importe de la condena eventualmente impuesta deberá ingresarse en la misma cuenta. Si efectuare diversos pagos en la misma cuenta deberá especificar un ingreso por cada concepto, incluso si obedecen a otros recursos de la misma o distinta clase indicando en el campo de observaciones la fecha de la resolución recurrida utilizando el formato dd/mm/aaaa. Quedan exentos de su abono en todo caso, el Ministerio Fiscal, el Estado, las Comunidades Autónomas, las Entidades locales y los Organismos Autónomos dependientes de ellos.

Expídanse certificaciones de esta sentencia para su unión a la pieza separada o rollo de suplicación, que se archivará en este Tribunal, y a los autos principales.

Notifíquese la presente sentencia a las partes y a la Fiscalía de este Tribunal Superior de Justicia.

Una vez adquiera firmeza la presente sentencia, devuélvanse los autos originales, para su debida ejecución, al Juzgado de lo Social de su procedencia, dejando de ello debida nota en los Libros de esta Sala.

Así, por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

#### **PUBLICACIÓN**

En el día de su fecha fue publicada la anterior sentencia. Doy fe.-