



Roj: **STS 2452/2006** - ECLI: **ES:TS:2006:2452**

Id Cendoj: **28079140012006100282**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **23/03/2006**

Nº de Recurso: **1264/2005**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **SOCIAL**

Ponente: **JESUS GULLON RODRIGUEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ PV 426/2005,**
STS 2452/2006

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintitrés de Marzo de dos mil seis.

Vistos los presentes autos pendientes ante esta Sala en virtud de recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el Abogado del Estado, en nombre y representación del FONDO DE GARANTIA SALARIAL, contra la sentencia de 8 de febrero de 2.005 dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco en el recurso de suplicación núm. 2277/04, interpuesto frente a la sentencia de 31 de mayo de 2.004 dictada en autos 137/04 por el Juzgado de lo Social núm. 5 de Bilbao seguidos a instancia de D. Ángel y D. Emilio contra el Fondo de Garantía Salarial, sobre cantidad.

Ha comparecido ante esta Sala en concepto de parte recurrida, D. Ángel Y OTRO representada por la Letrada D^a Esther Uribeetxeberria González.

Es Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. JESÚS GULLÓN RODRÍGUEZ

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 31 de mayo de 2.004, el Juzgado de lo Social núm. 5 de Bilbao, dictó sentencia cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: "Que DESESTIMANDO íntegramente la demanda sobre reclamación de cantidad interpuesta por D. Ángel y D. Emilio contra FOGASA, debo absolver y absuelvo a éste último de las pretensiones formalizadas en su contra".

En la anterior sentencia se declararon probados los siguientes hechos: "1º.- Los actores, D. Ángel y D. Emilio prestaron servicios por cuenta de la empresa OPS Promociones y Construcciones S.L., con antigüedad de 15-04-2002, categoría profesional de oficiales de primera y s.b.m. con p.p. extras de 1.682'83 e.- 2º.- Mediante sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 3 (autos 569/02) el 6-11-2002, se declaró la improcedencia del despido de que fueron objeto los actores, con efectos al 3-07-2002, condenando a la empresa demandada a optar en el plazo de 5 días desde la notificación de la sentencia entre abonar a los trabajadores una indemnización de 45 días de salario por año de servicio prorrateándose por meses los periodos de tiempo inferiores a una año, o por su inmediata readmisión en las mismas condiciones que regían antes de producirse el despido.- 3º.- Mediante auto de 19-12-2002, dictado por el Juzgado de lo Social nº 3 (autos 569/02) se declaró extinguida la relación laboral que vinculaba a los actores con la empresa OPS Promociones y Construcciones S.L., condenando a ésta última a satisfacer 2.191'99 e en concepto de indemnización sustitutoria de la readmisión y 9.423'12 e por salarios de tramitación para cada uno de los actores.- 4º.- Con fecha 6-06-2003 en el procedimiento de referencia, se dictó auto por el que a los efectos de las actuaciones y para el pago de 23.230'22 e de principal, más otros 4.181'43 e calculados provisionalmente para intereses, gastos y costas, se declaró la insolvencia del deudor sin perjuicio de que pudieran encontrarsele



nuevos bienes que permitieran hacer efectiva la deuda pendiente de pago.- 5º.- Con fecha 30-10-2003 los actores presentaron al Fogasa escrito solicitando el abono de la prestación indemnizatoria ex Art. 33.2 ET , dictándose resolución de 1-09-2003, por la que se reconocía la cantidad de 510'95 e a cada uno de ellos en concepto de indemnización.- 6º.- Con fecha 26-01-2004 los demandantes formalizaron reclamación previa que fue desestimada mediante resolución de 2-02-2004.- 7º.- Con posterioridad al cese de los actores en la empresa OPS Promociones y Construcciones 2002 S.L. el 3-07-2002, los mismos han prestado servicios durante los periodos de tiempo y para las empresas que se dirán: 1- Ángel .- Juan Enrique : 15 a 18-07-2002; 7-08-2002 a 9- 08-2002.- Bidame S.A.: 16-08-2002 a 30-08-2002.- Encorox Sistemas S.L.: 9-09-2002 a 13-06-2003.- 2- Emilio .- Juan Enrique : 15 a 18-07-2002; 1-08-2002 a 7-08-2002.- Bidame S.A.: 16-08-2002 a 30-08-2002.- Encorox Sistemas S.L.: 9-09-2002 a 12-09-2003.- Los demandantes percibieron la prestación por desempleo durante los siguientes periodos.- 1- Sr. Ángel : 19-07-2002 a 6-08-2002; 2- Sr. Emilio : 19-07-2002 a 30-07-2002".

SEGUNDO.- Posteriormente, con fecha 8 de febrero de 2.005, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, dictó sentencia en la que consta la siguiente parte dispositiva: "Que debemos ESTIMAR Y ESTIMAMOS parcialmente el recurso de suplicación interpuesto por don Emilio y don Ángel , contra la sentencia del Juzgado de lo Social 5 de Bilbao de 31 de mayo de 2004, autos 161/04, sobre cantidad, en la que fue parte demandante los recurrentes y demandada el Fondo de Garantía Salarial, debemos REVOCAR la sentencia, declarando el derecho de los actores a percibir los salarios de tramitación en la cuantía de 3.609,60 euros a cada uno de ellos y condenando al FOGASA al pago de dichas cantidades. Sin costas".

TERCERO.- Contra la sentencia dictada en suplicación, se formalizó, por la representación procesal del Fondo de Garantía Salarial el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, que tuvo entrada en el Registro General de este Tribunal Supremo, el día 11 de abril de 2.005, alegando la contradicción existente entre la sentencia recurrida y la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de La Rioja de 22 de junio de 2.004 y la infracción de lo establecido en la disposición transitoria primera de la Ley 45/2002, de 12 de diciembre .

CUARTO.- Por providencia de esta Sala de 27 de octubre de 2.005, se admitió a trámite el presente recurso, dándose traslado del mismo a la parte recurrida para que formalizara su impugnación en el plazo de diez días.

QUINTO.- Evacuado el trámite de impugnación por la representación de la parte recurrida, se dio traslado al Ministerio Fiscal para informe, dictaminado en el sentido de considerar el recurso procedente, e instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para la votación y fallo el 16 de marzo de 2.006, fecha en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Los dos trabajadores demandantes fueron despedidos el 3 de julio de 2.002. La sentencia del Juzgado de lo Social número 3 de los de Bilbao, de fecha 6 de noviembre de 2.002 declaró la improcedencia de tales despidos, condenando a la empresa demandada al ejercicio de la opción legal entre abonar a los trabajadores una indemnización de 545,72 euros, o proceder a la readmisión. En éste último caso procedería el abono de salarios de tramitación.

Como la empresa no ejercitara la opción, el Juzgado dictó auto el 19 de diciembre de 2.002 en el que adoptó la decisión de declarar extinguida la relación laboral que unía a las partes, señalando la indemnización de 2.191,99 euros, más la cantidad de 9.423,12 euros por salarios de tramitación.

Por auto del mismo juzgado de 6 de junio de 2.003 , se declaró la insolvencia provisional de la empresa condenada.

Solicitadas las prestaciones reglamentarias del Fondo de Garantía Salarial, se les reconocieron 510,95 euros a cada uno de ellos en concepto de indemnización. Como no estuviesen de acuerdo con esa decisión, tras agotar la vía previa plantearon demanda jurisdiccional reclamando la totalidad de los salarios de tramitación señalados en el auto del Juzgado de fecha 19 de diciembre de 2.002. El Juzgado de lo Social número 5 de los de Bilbao en sentencia de 31 de mayo de 2.004 desestimó la demanda, por entender que en la fecha en que se produjeron los despidos regía la redacción del artículo 33.1 del Estatuto de los Trabajadores dada por el Real Decreto Ley 5/2002 , en el que no se incluía en la responsabilidad subsidiaria del FOGASA por salarios de tramitación.

Recurrieron en suplicación los actores ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, que en sentencia de 8 de febrero de 2.005 estimó el recurso y revocando la decisión de instancia, condenó al Fondo demandado al pago de la cantidad de 3.609,60 euros a cada uno de ellos, por entender que ha de ser la fecha de "la declaración de insolvencia la determinante de la legislación de aplicación, puesto que es



esta declaración la que hace recaer sobre el FOGASA la responsabilidad sustitutoria prevista en el artículo 33 ET", aplicando en consecuencia el nuevo artículo 33.1 ET en redacción dada por la Ley 45/2002, de doce de diciembre, que volvió a imponer al FOGASA la obligación de abonar salarios de tramitación en los supuestos en que legalmente procedan, y con sujeción a los límites previstos en el propio precepto.

SEGUNDO.- Frente a ésta sentencia se interpone ahora por el Fondo de Garantía Salarial el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, en el que se denuncia como infringido el artículo 33.1 del Estatuto de los Trabajadores en relación con la Disposición Transitoria primera de la Ley 45/2002, de 12 de diciembre, y se invoca como sentencia contradictoria la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de La Rioja de fecha 22 de junio de 2.004.

Se decidía en esta resolución también sobre la responsabilidad del FOGASA en relación con los salarios de tramitación derivados de un despido que tuvo lugar mientras estuvo vigente el Real Decreto Ley 5/2002, que fue declarado improcedente por sentencia de 7 de enero de 2.003; la empresa condenada no ejercitó la opción, y por auto del Juzgado de 31 de marzo de ese mismo año se declaró extinguida la relación laboral, condenado a la empresa al pago de la correspondiente indemnización más los salarios de tramitación comprendidos entre la fecha del despido hasta la del auto. La sentencia de contradicción razona que una aunque el auto extinción de la relación laboral y el de insolvencia -de fecha éste 31 de julio de 2.003- se dictaron cuando ya estaba en vigor la Ley 45/2002, sin embargo la aplicable al caso había de ser la norma jurídica vigente al momento de la extinción del contrato, ocurrido en el momento del despido, esto es, el 6 de septiembre de 2002, momento en el que el artículo 33.1 ET, en la versión dada por el Real Decreto Ley 5/2002, no contemplaba los salarios de tramitación a cargo del FOGASA, teniendo en cuenta que la disposición transitoria primera de la Ley 45/2002 de esa Ley resolvía los posibles problemas temporales que de la modificación normativa pudieran derivarse estableciendo que fijando el momento determinante de la norma aplicable en función de la fecha de la extinción del contrato de trabajo.

Tal y como puede verse, los hechos, los fundamentos y las pretensiones que se contienen en la sentencia recurrida guardan la necesaria identidad sustancial que exige el artículo 217 de la Ley de Procedimiento Laboral, pues en ambos casos se trata de determinar la responsabilidad del FOGASA aplicando el artículo 31.1 ET, en relación con el abono de salarios de tramitación causados como consecuencia de despidos ocurridos bajo la vigencia del RDL 5/2002, cuando en auto de insolvencia de la empresa se dicta una vez en vigor el nuevo artículo 31.1 ET en redacción dada por la Ley 45/2002. Y como ha podido verse, en ambos casos las soluciones adoptadas en las sentencias que se acaban de analizar son contrapuestas, pues en el caso de la sentencia recurrida el factor determinante de la responsabilidad del FOGASA es el auto de insolvencia, y en la de contraste, por el contrario, ese momento es el de la fecha del despido. Procede, en consecuencia, que esta Sala entre a conocer del fondo del asunto y unifique la doctrina determinando la que resulte ajustada a derecho.

TERCERO.- Como ya ha quedado expuesto, el problema que ha de resolverse en el presente recurso se refiere a determinar el alcance de la responsabilidad del FOGASA en relación con el pago de salarios de tramitación dejados de abonar como consecuencia de despidos ocurridos cuando estaba vigente el artículo 31.1 ET, en redacción dada por el RDL 5/2002, que no comprendía entre las obligaciones del Fondo el pago de tales devengos, pero el auto de insolvencia de la empresa se dicta cuando ya estaba vigente el nuevo artículo 31.1 ET en redacción dada por la Ley 45/2002, en el que se impone esa obligación en los supuestos en que legalmente proceda su abono.

La solución del problema ha de abordarse desde el análisis de la Disposición Transitoria primera de la Ley citada, en la que se dice para resolver los problemas que su aplicación en el tiempo comportaba, lo siguiente: "las extinciones de contratos producidas con anterioridad a la fecha de entrada en vigor de la presente Ley se regirán, en lo que se refiere a sus aspectos sustantivo y procesal, por las disposiciones vigentes en la fecha en que hubieran tenido lugar dichas extinciones". De esa literalidad se desprende, tal y como afirma el recurrente e informa el Ministerio Fiscal, que el conjunto de normas aplicables al despido del demandante eran las vigentes en el momento en que se extinguió el contrato de trabajo y que determina el instante desde el que han de quedar fijadas las correspondientes responsabilidades según la norma aplicable.

En este caso, la particularidad consiste en que la extinción de los contratos de trabajo no se produjo con el despido, sino que, ante la ausencia de opción por parte de la empresa, hubo de dictarse auto de extinción de la relación laboral en el que se incluyeron salarios de tramitación. Pero ese auto se dictó también durante la vigencia del Real Decreto Ley, y por ello la norma aplicable, tal y como se desprende de la Disposición Transitoria citada, excluía la responsabilidad del FOGASA por salarios de tramitación. Por ello no cabe atribuir al auto de insolvencia, al momento en que esa situación se produce, el efecto de fijar unas consecuencias que no existían y que se restablecen en la nueva Ley 45/2002 para despidos o extinciones ocurridos con posterioridad a su vigencia.



Es cierto, como afirma la parte recurrida en su escrito de impugnación, que esta Sala ha dicho en múltiples ocasiones, como en la sentencia de 8 de mayo de 2.003 (recurso 2702/2002) 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, como decíamos también en la sentencia dictada en interés de ley de 21 de marzo de 1.988, 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. Y en esa tarea nos encontramos en este caso con que la norma aplicable, como se dijo, la Disposición Transitoria Primera de la Ley 45/2002, fija las responsabilidades del Fondo previstas en el artículo 31.1 en el momento de la extinción del contrato, que es el del auto de fecha 19 de diciembre de 2.002, dictado bajo la vigencia del RDL 5/2002, y no en el de la insolvencia de la empresa, razón por la que debe estimarse el recurso de casación para la unificación de doctrina, casar y anular la sentencia recurrida, como exige el número 2 del artículo 226 LPL, y resolver el debate planteado en suplicación desestimando el de tal clase interpuesto en su día por el trabajador demandante y confirmando la decisión de instancia en su integridad.

Por lo expuesto, en nombre de S. M. El Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

FALLAMOS

Estimamos el recurso de casación para la UNIFICACION DE DOCTRINA, interpuesto por el Abogado del Estado, en nombre y representación del FONDO DE GARANTIA SALARIAL, contra la sentencia dictada en fecha 8 de febrero de 2.005 dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco en el recurso de suplicación núm. 2277/04, interpuesto frente a la sentencia de 31 de mayo de 2.004 dictada en autos 137/04 por el Juzgado de lo Social núm. 5 de Bilbao seguidos a instancia de D. Ángel y D. Emilio contra el Fondo de Garantía Salarial, sobre cantidad. Casamos y anulamos la sentencia recurrida, y resolviendo el debate planteado en suplicación desestimamos el de tal clase interpuesto en su día por los trabajadores demandantes y confirmamos la decisión de instancia en su integridad. Sin costas.

Devuélvanse las actuaciones al Organismo Jurisdiccional correspondiente, con la certificación y comunicación de esta resolución.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- En el mismo día de la fecha fue leída y publicada la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado D. Jesús Gullón Rodríguez hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario de la misma, certifico.