



Roj: **STS 788/2019** - ECLI: **ES:TS:2019:788**

Id Cendoj: **28079140012019100114**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **22/01/2019**

Nº de Recurso: **921/2017**

Nº de Resolución: **38/2019**

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

Ponente: **MARIA LOURDES ARASTEY SAHUN**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

UNIFICACIÓN DOCTRINA núm.: **921/2017**

Ponente: Excm. Sra. D.<sup>a</sup> Maria Lourdes Arastey Sahun

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Margarita Torres Ruiz

#### **TRIBUNAL SUPREMO**

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

##### **Sentencia núm. 38/2019**

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D.<sup>a</sup>. Maria Milagros Calvo Ibarlucea

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

D.<sup>a</sup>. Maria Lourdes Arastey Sahun

D. Miguel Angel Luelmo Millan

D. Antonio V. Sempere Navarro

En Madrid, a 22 de enero de 2019.

Esta Sala ha visto el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el Fondo de Garantía Salarial (FOGASA), representado y asistido por el Abogado del Estado, contra la sentencia dictada el 13 de diciembre de 2016 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, en recurso de suplicación nº 180/2016, interpuesto contra la sentencia de fecha 22 de septiembre de 2015, dictada por el Juzgado de lo Social nº 3 de los de Castellón, en autos núm. 36/2014, seguidos a instancia de D. Leovigildo contra el ahora recurrente.

Ha comparecido como parte recurrida D. Leovigildo representado y asistido por la letrada D.<sup>a</sup>. Judith Ventura Ríos.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.<sup>a</sup> Maria Lourdes Arastey Sahun.

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** Con fecha 22 de septiembre de 2015 el Juzgado de lo Social nº 3 de los de Castellón dictó sentencia, en la que se declararon probados los siguientes hechos:

"PRIMERO.- El demandante Leovigildo prestó servicios para la empresa Milmueble SA con antigüedad de 3 de marzo de 1986, categoría profesional de oficial 2.<sup>a</sup>, y con salario diario de 67,60 euros.

El demandante vio extinguido su contrato de trabajo en virtud de despido con fecha de efectos del 6 de mayo de 2012 adoptado en expediente de regulación de empleo.



SEGUNDO.- Por el demandante se presentó demanda que recayó en el Juzgado de lo Social nº 4 de Castellón dando lugar al procedimiento nº 597/12, en el que recayó sentencia el 12 de noviembre de 2012 por la que se declaraba la nulidad del despido.

La empresa Milmueble SA había sido declarada en concurso de acreedores por auto del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Castellón, mediante auto de 11 de abril de 2012 .

TERCERO.- Por el demandante se presentó al FOGASA solicitud de prestaciones salariales dando lugar al expediente nº NUM000 .

Mediante resolución de 23 de octubre de 2013 se reconoció al demandante el derecho a percibir una prestación salarial en las cantidades consignadas en cuantía de 5352,65 euros por salarios, y 18.173,35 euros por indemnización, para cuyo cálculo se detrajo el importe de complemento ERE que percibió por no ser un concepto salarial, ateniéndose los límites establecidos en el art. 33.2 del ET en la redacción otorgada por el Real Decreto Ley 20/2012.

CUARTO.- El demandante percibió junto con los salarios reconocidos el importe de 434 euros correspondientes a "complemento ERE".

QUINTO.- El 30 de diciembre de 2013 se presentó la demanda en el Decanato de Castellón y fue repartida a este Juzgado de lo Social".

En dicha sentencia aparece la siguiente parte dispositiva:

"Que con estimación parcial de la demanda presentada por Leovigildo contra el Fondo de Garantía Salarial, debo condenar al organismo demandado a abonar al actor la cantidad adicional de mil novecientos catorce euros con sesenta y cinco céntimos (1914,65 euros) en concepto de prestación de garantía salarial."

**SEGUNDO.-** La citada sentencia fue recurrida en suplicación por D. Leovigildo ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, la cual dictó sentencia en fecha 13 de diciembre de 2016 , en la que consta el siguiente fallo:

"Estimamos el recurso de suplicación interpuesto por la representación letrada de Don Leovigildo contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 3 de Castellón de fecha 22 de septiembre de 2015 ; y, en consecuencia, revocamos la resolución recurrida y con estimación de la demanda condenamos al Fondo de Garantía Salarial a abonar al demandante la cantidad de 11.288 €. Sin costas."

**TERCERO.-** Por la representación del Fondo de Garantía Salarial (Fogasa) se formalizó el presente recurso de casación para la unificación de doctrina ante la misma Sala de suplicación.

A los efectos de sostener la concurrencia de la contradicción exigida por el art. 219.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS ), el recurrente propone como sentencia de contraste, la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 21 de octubre de 2014, (rollo 1848/2014 ).

**CUARTO.-** Por providencia de esta Sala de fecha 29 de septiembre de 2017 se admitió a trámite el presente recurso y se dio traslado del escrito de interposición y de los autos a la representación procesal de la parte recurrida para que formalizara su impugnación en el plazo de quince días.

Evacuado el traslado de impugnación, se pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal que emitió informe en el sentido de considerar el recurso improcedente.

**QUINTO.-** Instruida la Excm. Sra. Magistrada Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 22 de enero de 2019, fecha en que tuvo lugar.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** La cuestión objeto del presente recurso casacional consiste en interpretar la regulación aplicable al 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.

La sentencia dictada por el Juzgado de lo Social estimó en parte la demanda formulada por el actor.

La STSJ de la Comunidad Valenciana reiterando el criterio acogido en anteriores ocasiones -y concretamente el que enjuició otra petición de los hoy actores con relación a la indemnización por despido-, estima 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 en el que se constata su insolvencia y se inicia el proceso de saneamiento financiero. 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.

1. Disconforme con el criterio de suplicación, el Abogado del Estado interpone recurso de casación para la unificación de doctrina en el que 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 recurrida, sosteniendo la improcedencia del recurso en tanto que sostiene no se ha acreditado que la resolución extintiva sea posterior a la entrada en vigor de la norma referenciada.

2. 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 el auto extintivo es posterior.

**SEGUNDO.** - 1. El recurso se fundamenta en la infracción de los arts. 33.3 del Estatuto de los trabajadores (ET ) y 64 de la Ley Concursal (LC ), 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/4ª de 24 abril 2001 (rcud. 2102/2000 ).

2. La cuestión suscitada ha sido ya analizada por esta Sala en las STS/4ª de 6 y 7 de junio de 2017 ( rcud. 1849/2016 , 1538/2016 y 3987/2015), respectivamente , y 12 diciembre 2017 (rcud 3015/2016 ). En ellas señalábamos que el RDL 20/2012 articuló "medidas encaminadas a preservar la viabilidad financiera del Fondo de Garantía Salarial, en la línea de las funciones para las que fue concebido". Su art. 19 modificó la regla del art. 33.3 ET 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 LC 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 art. 33 ET .

3. Hemos de poner de relieve que la STS/4ª de 24 abril 2001 (rcud. 2102/2000 ), mencionada en el recurso, examina un problema de prescripción que no tiene mucho que ver con el presente.

La STS/4ª de 23 marzo 2006 (rcud. 1264/2005 ) sí 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 allí se 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."

Y, aunque 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", también añadíamos "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."

Finalmente, la STS/4ª de 26 julio 2006 (rcud. 2843/2005) aborda un asunto prácticamente idéntico al anterior y reitera la doctrina expuesta 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 para otros trabajadores de la misma empresa.

4. Como hemos señalado en la STS/4ª de 18 enero 2018 (rcud. 449/2017), el supuesto ahora enjuiciado, cuando se declara el concurso está en vigor la redacción del art. 33 ET (y preceptos concordantes) que establece 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.

Y, con arreglo a la doctrina antes 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 la 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."

5. Por tanto, el régimen jurídico de la responsabilidad legal del FOGASA impide 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/4ª de 12 febrero 2007 (rcud. 3951/2005) se resuelve un 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 ésa 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 sentencia recurrida se separa del enfoque que esta Sala viene adoptando.

Procede, en consecuencia, casar y anular la sentencia recurrida y, resolviendo el debate suscitado en suplicación, desestimar el de tal clase formulado por el trabajador confirmando la sentencia de instancia.

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 estimar el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el FOGASA y, en consecuencia, casamos y anulamos la sentencia dictada el 13 de diciembre de 2016 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, en recurso de suplicación nº 180/2016 , y, resolviendo el debate suscitado en suplicación, desestimamos el recurso de dicha clase interpuesto por el trabajador y confirmamos la sentencia de fecha 22 de septiembre de 2015, dictada por el Juzgado de lo Social nº 3 de los de Catellón en autos núm. 36/2014, seguidos a instancias de D. Leovigildo contra el ahora recurrente. Sin costas.

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

Así se acuerda y firma.